

FORHOLDET MELLOM LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER OG AVTALELOVEN § 36

Kandidatnummer: 702
Leveringsfrist: 25.04.08

Til sammen 17978 ord

23.04.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>4</u>
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV LÆREN OM BRISTENDE FORUTSETNINGER OG AVTALELOVEN § 36</u>	<u>6</u>
2.1	<i>Presentasjon av læren om bristende forutsetninger - Plassering, definisjon og bakgrunn</i>	6
2.2	<i>Presentasjon av avtaleloven § 36 - Plassering, definisjon og bakgrunn</i>	10
<u>3</u>	<u>NÆRMERE OM FORHOLDET MELLOM DE TO LÆRENE</u>	<u>13</u>
3.1	<i>Innledende bemerkninger</i>	13
3.2	<i>Anvendelsesområdet for de to lærene</i>	13
3.3	<i>Vilkår for at endrede forhold kan føre til revisjon av et bestående kontraktsforhold etter læren om bristende forutsetninger</i>	16
3.4	<i>Vilkår for at endrede forhold kan føre til revisjon av et bestående kontraktsforhold etter avtaleloven § 36</i>	20
3.5	<i>Foreløpig konklusjon - Fellesnevnerne</i>	23
3.6	<i>Rettsvirkninger</i>	24
3.6.1	Læren om bristende forutsetninger sine rettsvirkninger	24
3.6.2	Avtaleloven § 36 sine rettsvirkninger	25
<u>4</u>	<u>NÆRMERE ANALYSE AV FORARBEIDENE TIL AVTALELOVEN § 36</u>	<u>28</u>
4.1	<i>Innledende bemerkninger</i>	28
4.2	<i>Nærmere analyse av de norske forarbeidene</i>	28
4.3	<i>Nærmere analyse av de svenske forarbeidene</i>	31
4.4	<i>Avsluttende konklusjoner</i>	32
<u>5</u>	<u>ANALYSE AV RELEVANT RETTSPRAKSIS OG JURIDISK TEORI</u>	<u>34</u>
5.1	<i>Innledende bemerkninger</i>	34
5.2	<i>Analyse av relevant praksis fra Høyesterett</i>	36
5.2.1	Læren om bristende forutsetninger som selvstendig revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36	36
5.2.1.1	Drøftelse av flertallets uttalelser	39
5.2.1.2	Drøftelse av mindretallets uttalelser	41
5.2.2	De to revisjonsgrunnlagenes forhold til typeforutsetninger og individuelle forutsetninger	43
5.3	<i>Avtaleloven § 36 som selvstendig revisjonsgrunnlag</i>	46
5.4	<i>Særlig om kausjonsrett</i>	47
5.5	<i>Samlende konklusjoner etter analyse av relevant høyesterettspraksis</i>	48

5.5.1	Enkelte teorier rundt Høyesterett sin anvendelse av læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.	50
5.5.2	Nærmere om det nære forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36	52
5.5.3	Samlende konklusjoner	54
5.6	<i>Analyse av relevant lagmannsrettspraksis</i>	55
5.6.1	Innledende bemerkninger	55
5.6.2	Generelle tendenser i lagmannsrettspraksis	56
5.6.3	Videreføring av gjeldende rett etter avsigelsen av Rt. 1999 s. 922 på entrepriserettens område	57
5.6.3.1	Innledende bemerkninger	57
5.6.3.2	Analyse av relevant lagmannsrettspraksis på entrepriserettens område	57
5.6.3.3	Konklusjon etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis på entrepriserettens område	59
5.6.4	Tendenser på kausjonsrettens område	59
5.6.4.1	Innledende bemerkninger	60
5.6.4.2	Analyse av relevant lagmannsrettspraksis på kausjonsrettens område	60
5.6.4.3	Konklusjon etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis på kausjonsrettens område	61
5.6.5	Tendenser på øvrige rettsområder	62
5.6.6	Samlende konklusjoner etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis	63
5.6.7	Oppsummerende synspunkter og refleksjoner	64
5.6.8	Særlig om entrepriserett og kausjonsrett	66
5.6.8.1	Særtrekk på entrepriserettens område	66
5.6.8.2	Særtrekk på kausjonsrettens område	68
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	70

1 Innledning

Oppgavens problemstilling er forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven¹ § 36. Jeg vil forsøke å se på forholdet mellom de to konkurrerende revisjonsgrunnlagene etter innføringen av avtaleloven § 36 i 1984 i to henseende. Jeg vil for det første forsøke å klarlegge hvorvidt de to lærene fortsatt eksisterer som selvstendige revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36. Dersom begge lærene antas å eksistere vil jeg videre forsøke å klarlegge strukturelle forskjeller med hensyn til på hvilke rettsområder de påberopes og eventuelt legges til grunn. Herunder vil jeg blant annet se på de to revisjonsgrunnlagenes forhold til ulike typer forutsetninger, i den forstand at hvilke type forutsetning som foreligger kan være avgjørende for hvilke revisjonsgrunnlag som kommer til anvendelse.

Inngåtte avtaler oppfylles ikke alltid som forventet. Det kan finne sted irregulær utvikling underveis som gjør at avtaleforholdet ikke kan oppfylles som forventet i henhold til den inngåtte avtalen. Den klare hovedregel i norsk rett er at en kontraktspart selv har risikoen for egne forutsetninger, men i dette utgangspunktet er det betydelige modifikasjoner. Det er i dag klart at en kontraktparts risiko begrenses gjennom ulike revisjonsgrunnlag. To slike konkurrerende grunnlag er læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.

Årsaken til at disse to regelsettene tilsynelatende helt eller delvis er sammenfallende er at de retter seg mot like tilfeller av irregulær utvikling. Læren om bristende forutsetninger retter seg mot etterfølgende forhold som grunnlag for bortfall av en juridisk bindende

¹ Lov om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (Avtaleloven) av 31. mai 1918.

forpliktelse, og disse tilfellene finner vi også igjen i avtaleloven § 36. I § 36(2) oppstilles noen momenter, uten å være en uttømmende liste, som bør tas i betraktning ved om et bestående avtaleforhold skal være gjenstand for revisjon. Et av disse momentene er “senere inntrådte forhold”.

Jeg vil allerede nå presisere at revisjon etter disse to grunnlagene kun er snevre unntaksregler. Det skal en hel del til før et revisjonskrav kan føre frem. Revisjon er etter begge grunnlagene en form for sikkerhetsventil hvor man etter en samlet vurdering finner at det ikke er rimelig å kreve den bestående kontrakten gjennomført i sin opprinnelige form.

I praksis vil man ved et krav om revisjon alltid først forsøke å tolke den bestående kontrakten på en slik måte at man kan komme frem til et rimelig resultat for begge kontraktsparter. Det blir dermed bare plass for revisjon i de tilfeller hvor en ikke kan tolke seg frem til et rimelig resultat, og den irregulære utviklingen som har funnet sted i tillegg har overskredet grensen for når det er rimelig å kreve at en part skal gjennomføre kontrakten i sin opprinnelige form.

Umiddelbart synes det å være nærliggende å anta at den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger som eksisterte helt tilbake til begynnelsen av 1900-tallet i den form vi kjenner den i dag, mistet noe av sin betydning som et selvstendig revisjonsgrunnlag ved innføringen av avtaleloven § 36 i 1983. Dette fordi avtaleloven § 36 tilsynelatende regulerer de samme tilfellene som læren om bristende forutsetninger. Det blir derfor nærliggende å anta at avtaleloven § 36 helt eller delvis overlapper den allerede eksisterende ulovfestede læren om bristende forutsetninger.

De sentrale rettskilder med betydning for problemstillingen er forarbeidene til avtaleloven § 36, rettspraksis og juridisk teori. Disse får dermed en grundigere behandling i det følgende.

2 Presentasjon av læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36

2.1 Presentasjon av læren om bristende forutsetninger - Plassering, definisjon og bakgrunn

Læren om bristende forutsetninger er utviklet i samspill mellom juridisk teori og rettspraksis. Anvendelsesområdet for læren er tilfeller hvor det finner sted en uforutsett utvikling av forholdene i tiden fra en kontrakt er inngått og til den skal oppfylles. Dersom denne uforutsette utviklingen av forholdene gjør det urimelig vanskelig eller umulig å oppfylle kontrakten til de opprinnelige vilkårene skal det finne sted en revisjon av den, dersom forutsetningen etter en nærmere vurdering kan anses å ha vært motiverende, synbar og relevant.

En prinsipiell sontring man må foreta innen temaet bristende forutsetninger er avgrensningen mellom bristende forutsetninger og de såkalte uriktige forutsetninger. Bristende forutsetninger er irregulær utvikling, endring i forholdene, *etter* at en kontrakt er inngått. Uriktige forutsetninger gjelder derimot forhold som forelå allerede *ved* kontraktsinngåelsen.

Bristende forutsetninger gjelder altså de faktiske forholdene, den faktiske kontekst, som foreligger ved avtaleinngåelsen. Disse faktiske forholdene endres etter at den foreliggende avtalen er inngått. Ved uriktige forutsetninger skjer det ingen endring i de faktiske forholdene som utgjør en forutsetning etter avtaleinngåelsen. Det ville derfor vært mulig å påvise at det forelå en uriktig forutsetning allerede ved avtaleinngåelsen. Forutsetningens tilstand er konstant.

Denne sontringen har betydning fordi de to ulike typene av forutsetninger prinsipielt

behandles etter ulike regelsett. For begge typene av forutsetninger oppstiller man normalt de samme grunnvilkårene. Dersom en part skal bli ubundet av en gyldig avtale på grunn av en forutsetningssvikt må forutsetningen ha vært motiverende, synbar og relevant.² De to typene av forutsetninger behandles imidlertid for øvrig etter ulike regelsett. Uriktige forutsetninger behandles etter reglene om tilblivelsesmangler ved kontrakter. Dette er først og fremst avtaleloven § 33 og den alminnelige ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold. Bristende forutsetninger er forutsetningslærens anvendelsesområde.³

Det er imidlertid en svært flytende overgang mellom de uriktige og de bristende forutsetninger, slik at det i stor grad vil kunne være noe tilfeldig hvilke forutsetninger man betegner som henholdsvis uriktige og bristende og hvilke regelsett man anvender på forutsetningene. På noen rettsområder er det en særlig flytende overgang mellom de to ulike formene for forutsetninger, slik at uriktige forutsetninger og deres regelsett blir en form for konkurrent til læren om bristende forutsetninger. Dette er blant annet tilfelle innenfor entrepriseretten og innenfor kausjonsretten. På disse rettsområdene kan det være særlig vanskelig å skille mellom hvorvidt man har med en uriktig eller en bristende forutsetning å gjøre fordi det medfører særlige problemer å skille mellom henholdsvis

² Se Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 87 f.

³ Det er rettet enkelte innvendinger mot den relativt nye teoretisk foretatte avgrensningen mellom de to revisjonsgrunnlagene avtaleloven § 33 og læren om lojalitet i kontraktsforhold på den ene siden og forutsetningslæren på den andre. Se Høgberg: Tolkingsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter, Oslo 2005, s. 246-247. Det er hevdet at forutsetningslæren også er riktig regelsett for de uriktige forutsetningers vedkommende. Før innføringen av den ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold og avtaleloven § 33 anvendte man forutsetningslæren også på de uriktige forutsetningene. Det er først i nyere teori på obligasjonsrettens område man har hevdet at forutsetningslæren for de uriktige forutsetningers vedkommende ble fanget opp av avtaleloven § 33 og den ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold. Det ser ut til å gå et skille rundt 1978, slik at juridiske teoretikere før den tid ville behandle uriktige forutsetninger etter de samme prinsipper som bristende forutsetninger. Se eksempelvis Augdahl: Den norske obligasjonsretts almindelige del, Oslo 1978. Årsaken til den nye rådende teoretiske oppfatningen etter 1978 er hevdet å ha sin årsak i en feilforståelse av betydningen av de subjektive forhold på mottakerpartens side.

den fremtidige utvikling og de årsaker denne utviklingen springer ut av. Ofte vil årsaken til at det fant sted en irregulær utvikling etter avtaleinngåelsen ha sin årsak i forhold som forelå allerede ved avtaleinngåelsen. Selve anlegget til den senere irregulære utviklingen forelå allerede ved avtaleinngåelsen.⁴ Forholdene synliggjorde seg imidlertid ikke før etter avtaleinngåelsen og det kan derfor medføre problemer å kategorisere den irregulære utviklingen som en brist i henholdsvis en uriktig eller en bristende forutsetning.⁵

Innenfor entrepriseretten er det en tendens at forutsetninger som per definisjon er uriktige forutsetninger behandles etter prinsippene for bristende forutsetninger.⁶ Dette var eksempelvis tilfelle i Rt. 1999 s. 922. Dommen gjaldt krav om tilleggsbetaling for merutgifter ved byggingen av deler av Nordhordalandsbrua. Det hadde oppstått det entreprenøren mente var uforutsette vansker ved sveisingen av høyfast stål.

Førstvoterende anvendte forutsetningslæren på forholdet og tok ikke i det hele tatt stilling til hvorvidt det var uriktige eller bristende forutsetninger som forelå. Forutsetningen som ble hevdet å ligge til grunn for kravet om tilleggsbetaling var uforutsette sprekker ved sveisingen av stålet man anvendte. Dette var forhold som forelå allerede ved avtaleinngåelsen, da det allerede da var allment kjent at sprekke-dannelser var et problem ved sveising av høyfast stål. Per definisjon var det altså en uriktig forutsetning som var grunnlag for tvisten, men forholdet ble avgjort etter læren om bristende forutsetninger.

På kausjonsrettens område har man tradisjonelt anvendt forutsetningslæren på sentrale

⁴ Se Høgberg: Tolkingsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter, Oslo 2005, s. 247.

⁵ Eksempelvis kan man på entrepriserettens område tenke seg mangler ved materiale man skal benytte ved entreprisen. Det mangelfulle materialet vil kunne foreligge allerede ved kontraktsinngåelsen, men selve synliggjøringen av mangelen, som er årsak til den irregulære utviklingen, viser seg først når materialene blir anvendt etter kontraktsinngåelsen. Det vil her kunne medføre problemer å kategorisere den irregulære utviklingen som en brist i henholdsvis en uriktig eller en bristende forutsetning.

⁶ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 10 f. og Rt 1909 743

kausjonsrettslige problemstillinger hvor disse ikke kunne løses ved hjelp av tolkning. Eksempelvis har uriktige stiftelsesforutsetninger, ved siden av avtaleloven § 33, også blitt løst etter forutsetningslæren.⁷ Årsaken til dette er at forutsetningslæren hadde en svært sentral plass i norsk kontraktsrett på den tiden kausjonsretten vokste frem i rettspraksis. Kausjonsretten eksisterte lenge hovedsakelig kun i rettspraksis og det var mangel på lovregulering på området. Forutsetningslæren ble dermed nærliggende å gripe til ved ugyldighetsspørsmål.⁸

En annen viktig årsak til at man har behandlet forutsetninger som per definisjon kan kategoriseres som både bristende og uriktige etter forutsetningslæren er trolig det faktum at forutsetningslæren også kan påberopes av ondtroende kontraktsparter. I slike tilfelle vil man trolig presse definisjonen av bristende forutsetninger svært langt for å unngå at forutsetningene behandles etter avtaleloven § 33 og den ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold.⁹

Ved innføringen av avtaleloven § 36 fikk man prinsipielt sett et nytt grunnlag man kunne anvende på forutsetninger innenfor kausjonsretten, men heller ikke avtaleloven § 36 ble ansett tilstrekkelig til å dekke de problemstillinger man etter hvert møtte på kausjonsrettens område. Med innføringen av Finansavtaleloven¹⁰ i 1999 kom omfattende og etterlengtet lovregulering. Det gjenstår å se hvilke betydning

⁷ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249 og Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 47 f.

⁸ Se Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 47 f.

⁹ Eksempelvis ble en selvskyldnerkausjon kjent ugyldig i Rt 1984 28 grunnet ikke overholdt opplysningsplikt og illojal opptreden. Høyesterett fant at Tromsø Sparebank ikke hadde overholdt de ulovfestede reglene om lojalitet i kontraktsforhold. De antok at også avtaleloven § 33 fikk anvendelse på forholdet. Forholdene banken burde ha opplyst om forelå på tidspunktet for inngåelsen av kausjonsavtalen slik at man per definisjon kunne kategorisere forholdene både som uriktige og bristende forutsetninger. Det kan tenkes at kausjonsavtalen ikke ville blitt kjent ugyldig dersom man hadde valgt å anvende forutsetningslæren på forholdet.

¹⁰ Lov om finansavtaler og finansoppdrag (Finansavtaleloven) av 25. juni 1999.

forutsetningslæren etter dette vil få innenfor kausjonsretten.¹¹

Læren om bristende forutsetninger har røtter helt tilbake til glossatorenes eksistens på 1100 - og 1200-tallet. I sin opprinnelige form hadde den store svakheter, da den manglet faste kriterier med hensyn til hvilke forutsetninger som nærmere var relevante og dermed kunne være grunnlag for kontraktsrevisjon. Windscheid¹² videreutviklet den originale læren til det vi kan kalle den moderne forutsetningslære. Denne læren har senere blitt videreutviklet av en rekke europeiske teoretikere.¹³ Læren om bristende forutsetninger i norsk rett i dag er en såkalt objektiv forutsetningslære.¹⁴

Den objektive lærens betydning viser seg hovedsakelig ved den relevansvurderingen man skal foreta under drøftelsen av forutsetningslærens fjerde hovedvilkår. Se punkt 3.3 nedenfor.

2.2 Presentasjon av avtaleloven § 36 - Plassering, definisjon og bakgrunn

Avtaleloven § 36 kom inn i loven i 1983. Ved innføringen av § 36 ble det ikke direkte i

¹¹ Se Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 47 f. og Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249.

¹² Se Windscheid: Vorraussetzungslehre, Düsseldorf 1850.

¹³ Se særlig Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1910, Lassen: Haandbog i Obligationsretten: Almindelig Del, København 1917-1920 og Augdahl: Den norske obligasjonsretts almindelige del, Oslo 1978. Lassen og Augdahl utviklet henholdsvis en subjektiv og en objektiv versjon av den opprinnelige læren, hvorav sistnevnte fikk feste i norsk rett. Augdahl bygget i stor grad på forgjengeren Ussing sine teorier. Se Ussing: Bristende Forudsætninger, København 1918. Ussing var en viktig premissleverandør for nåtidens nordiske teoretikere, og da særlig Augdahl, da det var han som først videreførte og utviklet den tidligere bestående forutsetningslæren til den såkalte objektive forutsetningslæren.

¹⁴ Se Høgberg: Tolkingsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter, Oslo 2005, s. 246 og Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 88.

lovteksten foretatt noen grensedragning med hensyn til anvendelsesområdet mellom den og læren om bristende forutsetninger.

Bakgrunnen for innføringen var de forbrukersynspunkter som hadde gjort seg gjeldende tidlig på 80-tallet. Det hadde etter hvert blitt en økende bevissthet i Norden om at det grunnleggende prinsippet om at avtaler skal holdes¹⁵ hadde et sosial aspekt i den forstand at ikke alle samfunnsaktører hadde like gode muligheter for å ivareta sine behov. Det hadde gravis utviklet seg et ønske om kontraktsrettslige regler som beskyttet underlegne kontraktsparter.

Avtaleloven § 36 er en såkalt generalklausul¹⁶. Bestemmelsen gir domstolene en generell hjemmel til helt eller delvis å sette til side urimelige avtaler i sin helhet eller enkeltstående urimelige avtalevilkår. Den er videre svært elastisk og utviklingsdyktig. Dens innhold endres i takt med samfunnsutviklingen for øvrig. Samlet gjør dette bestemmelsen til en svært fleksibel lempingsregel og avtaleloven § 36 medførte dermed en drastisk endring innenfor kontraktsrevisjon i flere henseende.¹⁷

Frem til innføringen av § 36 eksisterte det kun spredte lempningsregler i enkelte av de ulike kontraktslovene. Med innføringen av § 36 fikk man derimot en generell hjemmel man kunne anvende innenfor kontraktsretten generelt. Videre medførte § 36 en videreutvikling av de til da tradisjonelle ugyldighetsregler i den forstand at den gir rettsanvender svært stor fleksibilitet med hensyn til rettsvirkninger. De til da gjeldende

¹⁵ Se Kong Christian Den Femtis Norske Lov av 15. april 1687, Art. 5-1-2.

¹⁶ En generalklausul er en lovbestemmelse som er svært generelt utformet og dermed gir domstolene stor frihet med hensyn til hvordan de vil tolke bestemmelsen. Generalklausuler inneholder ofte svært skjønsmessige vurderingsnormer. I avtaleloven § 36 sitt henseende er "urimelig" og "i strid med god forretningsskikk" slike skjønsmessige vurderingsnormer. Se Gisle, Andenæs, Bernt, Falkanger, Gjønnnes, Matningsdal og Aarbakke: Jusleksikon, 2. utgave, Oslo 2002, s. 112.

¹⁷ Se Marisa Cecilie Aasnes: Forholdet mellom avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger, Liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, Høsten 2006, s. 44.

ugyldighetsregler foreskrev kun ytterlighetene. Rettsanvender kunne erklære avtalen ugyldig i sin helhet eller opprettholde den i sin helhet.

Ugyldighetsreglene som eksisterte frem til vedtakelsen av avtaleloven § 36 rettet seg videre mot mangler ved selve avtaleinngåelsen, eller mot mangler ved avtalens innhold. Avtaleloven § 36 medførte også en nyskapning i dette henseende. Revisjon kan finne sted etter bestemmelsen ved begge typer mangler. Dette fremgår av hva som er relevante momenter i henhold til § 36(2). Både avtalens innhold og forholdene ved avtalens inngåelse er relevante momenter.¹⁸

¹⁸ Se Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 366 f., Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 274 f. og Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 275 f.

3 Nærmere om forholdet mellom de to lærene

3.1 Innledende bemerkninger

I denne delen av oppgaven vil jeg forsøke å legge hovedfokuset på de to undergrenene av oppgavens problemstilling. Jeg vil for det første forsøke å klarlegge hvorvidt de to lærene fortsatt prinsipielt sett eksisterer som selvstendige revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36. Dersom begge lærene antas å eksistere vil jeg videre forsøke å klarlegge strukturelle forskjeller med hensyn til på hvilke rettsområder de påberopes og eventuelt legges til grunn. Herunder vil jeg blant annet forsøke å klarlegge de to revisjonsgrunnlagenes forhold til henholdsvis typeforutsetninger og individuelle forutsetninger, da valg av revisjonsgrunnlag kan ha en sammenheng med hvilke type forutsetning som foreligger.

3.2 Anvendelsesområdet for de to lærene

Både avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger retter seg mot lemping av avtaler på grunn av etterfølgende omstendigheter. Det er dette som reiser selve problemstillingen om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Dette fordi forutsetningslæren tradisjonelt har rettet seg mot etterfølgende omstendigheter, og “senere inntrådte forhold” finner vi også igjen som et relevant moment det skal tas hensyn til ved den vurderingen avtaleloven § 36(2) oppstiller.

Jeg oppfatter det slik at de individuelle forutsetningene kan dekkes av forutsetningslæren, men ikke nødvendigvis etter avtaleloven § 36, slik at

forutsetningslæren i dette henseende har et videre anvendelsesområde enn avtaleloven § 36. Dersom det er en individuell forutsetning det forekommer en irregulær utvikling av kan man altså eventuelt få revisjon av kontraktsforholdet etter forutsetningslæren. Det er derimot vanskeligere å nå frem med et revisjonskrav på grunnlag av disse dersom det er avtaleloven § 36 man påberoper seg.

En klar begrensning jeg kan fastslå allerede nå med hensyn til avtaleloven § 36 sitt anvendelsesområde sammenlignet med forutsetningslæren følger av avtaleloven § 41 som sier at *“Denne lov gjelder bare paa formuerettens område.”* Avtaleloven § 36 kan etter en nærmere vurdering få analogisk anvendelse på avtaler som ikke er formuesrettslige, men gjelder altså ikke i utgangspunktet for disse.

Med formuerett menes den del av rettssystemet som omhandler økonomiske rettigheter. Den karakteriseres ved at den gjelder formuesverdier som på ulike måter kan gjøres om i penger. Formueretten inndeles normalt i undergruppene tingsrett, panterett, obligasjonsrett, erstatningsrett og immaterialrett.¹⁹ Jeg har ikke valgt å drøfte avgrensningen av begrepet formuesrett nærmere, da jeg anser dette å ligge utenfor min problemstilling, men kan altså konstatere at rettsområdene utenfor formuesretten i utgangspunktet kan utelukkes fra avtaleloven § 36 sitt anvendelsesområde.

Læren om bristende forutsetninger er utviklet i samspill mellom juridisk teori og rettspraksis og dens anvendelsesområde må dermed klarlegges ved en nærmere analyse av disse to relevante rettskildene.

Forutsetningslæren kan få direkte anvendelse som revisjonsgrunnlag overalt hvor det er tale om ugyldighet eller bortfall av bestående kontrakter.²⁰ Hvorvidt man befinner seg på

¹⁹ Se Falkanger: Tingsrett, Oslo 2000, s. 32 og Wikipedia, den frie encyklopedi (<http://no.wikipedia.org/wiki/Formuerett>)

²⁰ Se Krokeide: Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1977.

et privatrettslig eller et offentligrettslig område er altså, i motsetning til hva som er tilfelle med avtaleloven § 36, irrelevant. Den har blitt anført innenfor de fleste privatrettslige og offentligrettslige områder.²¹

Forutsetningslæren kan anvendes som rettsgrunnlag i tre typetilfeller. Den kan for det første anvendes direkte hvor man ønsker en foreliggende juridisk bindende avtale ugyldig eller bortfalt eller endret. Videre kan den få mer indirekte anvendelse i form av å være et argument ved tolkning av eller utfylling av avtaler, eller som et bakgrunnsargument ved avgjørelsen av hvilke sanksjoner en kontraktspart kan rette mot den annen dersom han ikke mottar kontraktsmessig ytelse på grunn av en bristende forutsetning.²²

På noen rettsområder har vi imidlertid andre revisjonsgrunnlag det kan være mer naturlig å forankre et revisjonskrav i enn forutsetningslæren. Det blir her en smakssak hvorvidt man anser disse alternative grunnlagene som direkte konkurrerende revisjonsgrunnlag eller som ulike varianter av forutsetningslæren.

Et slikt alternativt revisjonsgrunnlag har vi mellom annet innenfor den offentlige forvaltningsrett i form av den forvaltningsrettslige omgjøringslæren. Denne innebærer at dersom det finner sted en uventet utvikling i de faktiske forhold et forvaltningsvedtak omhandler kan vedtaket eventuelt omgjøres. I likhet med innenfor de privatrettslige

²¹ Forutsetningslæren har særlig blitt anført i saker vedrørende kjøpsavtaler (se eksempelvis Rt 1993 140, Rt 1984 225 og Rt 2005 257). Videre har den mellom annet blitt påberopt som grunnlag for revisjon av skifteavtaler (se eksempelvis Rt 1990 1099 og Rt 2001 716) og for revisjon av arbeidsavtaler (se eksempelvis Rt 2000 610 og Rt 2004 1588). Læren har også blitt påberopt som revisjonsgrunnlag i saker tilknyttet konkurs (se eksempelvis Rt 1930 1120, Rt 1987 425, Rt 1988 118 og Rt 1994 1452). Den har videre blitt påberopt på husleierettens område (se eksempelvis Rt 1965 1193 og Rt 2005 16). Også i entrepriseforhold har den ved flere tilfelle blitt påberopt (se eksempelvis Rt 1999 922) og i saker vedrørende selskapsrett (se eksempelvis Rt 2000 931, Rt 2001 1513 og Rt 2003 1574).

²² Se Krokeide: Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1977, s. 585.

områder oppstilles det også her en relativt høy terskel, slik at mindre endringer i de faktiske forholdene ikke kan medføre omgjøring. Også her må det foretas en konkret vurdering av forholdene som gjør seg gjeldende.²³ Jeg oppfatter det som mest naturlig å karakterisere den forvaltningsrettslige omgjøringslæren som en beslektet form av læren om bristende forutsetninger. Slik jeg ser det er det her forutsetningslæren som anvendes analogisk på forvaltningsrettslige revisjonskrav.

På familierettens område har vi for ektepaktens vedkommende en generell omgjøring - og lempingsregel i ekteskapsloven²⁴ § 46. En ektepakt som vil virke urimelig ovenfor den ene ektefelle kan helt eller delvis settes til side. Ved vurderingen kan mellom annet endrede forhold, eller forutsetninger om du vil, tillegges vekt.²⁵

Foreløpig konklusjon etter dette blir at forutsetningslæren og avtaleloven § 36 i stor grad har overlappende anvendelsesområder. Tilsynelatende er avtaleloven § 36 sitt direkte anvendelsesområde begrenset til formueretten, slik at forutsetningslæren har et videre anvendelsesområde, men etter omstendighetene kan § 36 få analogisk anvendelse også på andre områder. Forutsetningslæren kan anvendes på alle privatrettslige og offentligrettslige områder hvor det er tale om ugyldighet eller bortfall av bestående kontrakter.

3.3 Vilkår for at endrede forhold kan føre til revisjon av et bestående kontraktsforhold etter læren om bristende forutsetninger

²³ Se Eckhoff og Smith: Forvaltningsrett, Oslo 2003, s. 280 f. Av relevante momenter nevnes blant annet hvor relevante og vesentlige endringene i de faktiske forholdene er, hvor sterk interesse den private part vedtaket retter seg mot har av at vedtaket opprettholdes og viktigheten av at man generelt kan innrette seg i tillit til vedtak av den art det gjelder.

²⁴ Lov om ekteskap (Ekteskapsloven) av 4. juli 1991.

²⁵ Se Lødrup: Familieretten, 4. utgave, Oslo 2001, s. 150.

Dersom forutsetningslæren skal kunne anvendes som et direkte revisjonsgrunnlag, det vil si som hjemmel for ugyldighet eller bortfall av en i utgangspunktet juridisk bindende kontrakt, må fire vilkår være oppfylt.

Rt. 1999 s. 922 sammenfatter gjeldende rett med hensyn til vilkårene på en god måte, og er også tatt til tegning for i juridisk teori²⁶. Dommen omhandler bristende forutsetninger og forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 på entrepriserettens område, og førstvoterende foretar her en generell gjennomgang av vilkårene for forutsetningslærens anvendelse.²⁷

Det må for det første ha foreligget en *forutsetning* ved kontraktsinngåelsen. Kontrakten ble inngått under en bestemt forutsetning. I henhold til juridisk teori er det klart at begrepet forutsetning er meget vidt. Det kan omfatte alt fra forhold kontraktsparten hadde klare bevisste forestillinger om, til forhold han ikke i det hele tatt overveide eller tenkte gjennom ved kontraktsinngåelsen.²⁸

Den foreliggende forutsetningen må videre ha vært *motiverende*, eller kausal, for løftegiver. Dette er i utgangspunktet et subjektivt vilkår, det vil si at det skal vurderes konkret for hver enkel sak hvorvidt det er oppfylt.

I Rt. 1999 s. 922 ble dette nærmere presisert slik at løftegiver ikke ville avgitt løftet, han ville ikke inngått kontrakten på de foreliggende vilkår, dersom han hadde hatt kunnskap om hvordan situasjonen ville utvikle seg. Det er imidlertid ikke noe krav om at løftegiver overhodet ikke ville inngått kontrakten om han hadde kjent til endringen i forholdene som

²⁶ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 248 f. og Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 88-90.

²⁷ Rt 1999 922 s. 931.

²⁸ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 248.

ville skje, men han ville i alle fall ikke inngått den på de vilkår han gjorde om han hadde kjent til den fremtidige utviklingen.²⁹ Dersom løftegiver ved kontraktsinngåelsen innså at det var en viss sannsynlighet for at utviklingen kunne bli som den ble og allikevel valgte å inngå kontrakten i den formen han gjorde, er ikke motivasjonsvilkåret oppfylt.

Videre må forutsetningen ha vært *synbar* for medkontrahenten. Det er et krav om at medkontrahenten hadde mulighet for objektiv erkjennelse av forutsetningen. Han måtte forstå eller burde ha forstått at løftegiver hadde forutsetningen ved avtaleinngåelsen.

Vi har her tradisjonelt operert med et skille mellom såkalte individuelle forutsetninger og typeforutsetninger og dette skillet gjelder også i norsk rett i dag. Ussing definerte typeforutsetningene som forutsetninger som normalt ledsager rettshandler av den pågjeldende art.³⁰ Typeforutsetninger er altså typiske og viktige forutsetninger kontraktspartene i alminnelighet har ved den typen kontrakter det er snakk om. Individuelle forutsetninger er derimot mer atypiske, unormale og spesielle forutsetninger for den typen kontraktsforhold som foreligger.

Betydningen av skillet viser seg i hvor klart kontraktsparten må ha tilkjennegitt sin forutsetning ovenfor medkontrahenten for at den skal sies å ha vært “synbar”. Individuelle forutsetninger må normalt direkte være gitt uttrykk for ovenfor medkontrahenten for at synbarhetsvilkåret er oppfylt. Partene har altså selv risikoen for å få disse med i kontrakten. Typeforutsetningene har man derimot ikke et slikt aktivitetskrav for. Disse antar man normalt uten videre er synbare;

“...der er visse Forudsætninger, der er relevante, selv om det ikke in concreto er lagt for Dagen, at de foreligger, eller at de er væsentlige. Spørger man, hvilke Forudsætninger dette gælder, kan man vistnok i Fortsættelse af Lassens tanke sige, at Kravet om

²⁹ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249.

³⁰ Se Ussing: Bristende forudsætninger, København 1918, s. 103.

*Tilkendegivelse maa opgives ved alle typiske Forudsætninger.*³¹”

Kontraktspartene sine typeforutsetninger er altså synbare selv om de ikke på noen måte er tilkjennegitt i den konkrete saken. Ved å fastslå visse typeforutsetninger på ulike rettsområder forenkler man derfor situasjonen for kontraktspartene noe. Det medfører også en retts teknisk forenkling for de kontraktsforholdene det senere oppstår en eventuell tvist rundt. Ved å kategorisere utvalgte forutsetninger som typeforutsetninger trenger man ikke konkret å bevise hvorvidt en part faktisk hadde disse forutsetningene ved kontraktsinngåelsen og i hvilke grad han gjorde de kjent overfor medkontrahenten.

Det er imidlertid en svært glidende overgang mellom de forutsetninger som kan klassifiseres som henholdsvis typeforutsetninger og individuelle forutsetninger. Det avgjørende vil være hvor langt man synes det er naturlig å strekke objektiviseringen av forutsetningens vesentlighet og synbarhet.³² Generelt er realiteten at jo mindre typisk en forutsetning er, jo sterkere krav vil det stilles til den konkrete tilkjennegivelsen av forutsetningen. Det kreves altså sterkere synbarhet jo mer atypisk og spesiell forutsetningen er.³³

Hvilke type forutsetning man har med å gjøre har betydning for forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 i den forstand at det er en forskjell med hensyn til hvilket revisjonsgrunnlag man kan nå frem etter. Som det vil fremgå nærmere i punkt 5.2.2 nedenfor oppfatter jeg det slik at det er lettere å nå frem med et revisjonskrav etter forutsetningslæren hvor det er individuelle forutsetninger det har funnet sted en irregulær utvikling av. De individuelle forutsetninger dekkes ikke nødvendigvis av avtaleloven § 36. For individuelle forutsetninger mistet dermed ikke forutsetningslæren sin selvstendige betydning som revisjonsgrunnlag ved innføringen av avtaleloven § 36.

³¹ Se Ussing: Bristende forudsætninger, København 1918, s. 103.

³² Krokeide har redegjort nærmere for dette. Se Krokeide: Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – Særlig i langsiktige kontraktsforhold, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1977, s. 587 og Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 252 f.

³³ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249.

Når det gjelder typeforutsetninger kan disse trolig også dekkes av avtaleloven § 36, slik at forutsetningslæren her har mistet mye av sin selvstendige betydning.

For det fjerde må forutsetningen etter en nærmere vurdering være *relevant*.

I motsetning til kravene om motivasjon og synbarhet er dette et objektivt vilkår. Det er altså under vurderingen av dette vilkåret betydningen av Ussing sin objektive forutsetningslære virkelig viser seg. Dens betegnelse er en henvisning til at relevansvurderingen er objektiv. Relevansvurderingen skulle løses ved en vurdering av omstendighetene slik de fremkom i typetilfellet. Man skulle forsøke å komme frem til hva som var en rimelig byrdefordeling i kontrakts**typer** generelt, og deretter foreta en sammenligning av disse mot typetilfellene.³⁴

I Rt. 1999 s. 922 blir relevansvurderingen man skal foreta beskrevet på følgende måte;

*“Dessuten må forutsetningssvikten etter en rettslig vurdering være “relevant”, noe som særlig peker hen på hvilken part som etter en mer sammensatt vurdering bør bære risikoen for utviklingen, med andre ord et spørsmål om en rimelig byrdefordeling i kontraktsforholdet.”*³⁵

3.4 Vilkår for at endrede forhold kan føre til revisjon av et bestående kontraktsforhold etter avtaleloven § 36

I motsetning til forutsetningslæren som oppstiller visse nærmere bestemte vilkår for revisjon, gir avtaleloven § 36 anvisning på en helhetlig og generell rimelighetsvurdering

³⁴ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249 og Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 88 f.

av den aktuelle kontrakten sine samlede virkninger. Revisjon skal finne sted dersom kontrakten;

“...innebærer slike tap eller ulemper for den ene part, at det av den grunn vil virke urimelig at den annen part gjør kontrakten gjeldende og krever den tillagt rettsvirkning i den foreliggende situasjonen.”³⁶

Om vurderingen ble følgende prinsipielt uttalt i Rt. 1990 s. 500;

”Avtalelovens § 36 stiller domstolene overfor den oppgave når en avtale eller et avtalevilkår kreves satt til side i eller lempet på, at de skal foreta en bred, konkret vurdering av alle sider ved avtaleforholdet – slik det var ved avtaleinngåelsen og slik det senere kan ha utviklet seg.”³⁷

Det er i rettspraksis³⁸ og i juridisk teori³⁹ tatt til orde for at rimelighetsvurderingen skal ta utgangspunkt i forholdene på oppfyllelsesstadiet. Dette medfører at det ligger et dynamisk element i generalklausulen. Den rettslige målestokken man skal ta utgangspunkt i blir normal avtalepraksis på tidspunktet for eventuell oppfyllelse av kontrakten. Normal praksis på tidspunktet for avtaleinngåelsen blir altså irrelevant for urimelighetsvurderingen.⁴⁰

Det er avtalen ferdig tolket som er gjenstand for urimelighetsvurderingen. I praksis vil man ved enhver vurdering av om revisjon skal finne sted først forsøke å tolke avtalen slik at den kan gi et rimelig resultat for begge parter. Dette var eksempelvis tilfelle i Rt.

³⁵ Rt 1999 922 s. 931.

³⁶ Se Ot. prp. nr. 5, 1982-83, s. 30.

³⁷ Rt 1990 500 s. 511.

³⁸ Se eksempelvis Rt 1988 276 hvor det ble uttalt at; ”...kontraktsvilkåret må først og fremst vurderes ut fra situasjonen i dag.”

³⁹ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 278 f.

⁴⁰ Se eksempelvis Rt 1988 295 og Rt 1991 147

1991 s. 220. Dommen gjaldt spørsmål om tolkning eller revisjon av en avtale om levering av fjernvarme. Høyesterett kom frem til at avtalen måtte tolkes dit hen at ingen skulle tjene eller tape på fjernvarmeleveringen og det ble dermed ikke nødvendig at den ble gjenstand for revisjon.

§ 36 inneholder både en avveiningsregel og en retningslinje. § 36(1) er en avveiningsregel;

“En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner. ”

En avveiningsregel åpner i stor grad opp for bruk av skjønn, det er i utgangspunktet skjønnsmessige avveininger alene rettsanvender skal foreta. Lovgiver har altså i utgangspunktet gitt rettsanvender relativt stort spillerom.

Til avveiningsregler, lik den i § 36(1), er det imidlertid ofte knyttet retningslinjer med hensyn til hvordan den skjønnsmessige avveiningen nærmere skal foretas. Dette fordi overordnede rettssikkerhetsmessige hensyn, som forutberegnelighet og vern mot vilkårlighet, må ivaretas. Den skjønnsmessige avveiningsregelen i § 36(1) sikrer ikke nødvendigvis at disse hensynene blir ivaretatt og lovgiver må derfor nærmere styre rettsanvender for å sikre at de faktisk blir det. For å ivareta hensynene kreves det en sterkere og mer utfyllende normativ styring enn det en vid avveiningsregel alene innebærer. § 36(2) er en slik utdypende retningslinje;

“Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.”

§ 36(2) er en positiv retningslinje. Den angir positivt hva som er relevante momenter ved

urimelighetsvurderingen man skal foreta etter § 36(1) og som rettsanvender dermed skal legges vekt på. Indirekte gir den dermed også veiledning med hensyn til hvilke argumenter som ikke er like relevante. Retningslinjen som er gitt er imidlertid ikke uttømmende, også “omstendighetene for øvrig” skal tas i betraktning. Enkelte retningslinjer inneholder også veiledning med hensyn til i hvilke retning de ulike momentene nærmere trekker og hvilke vekt de nærmere skal tillegges. Dette er imidlertid ikke tilfelle med § 36(2).⁴¹

Som nevnt i punkt 2.2 ovenfor var en av avtaleloven § 36 sine nyskapninger at den rettet seg både mot mangler ved selve avtaleinngåelsen og mot mangler ved avtalens innhold. I tillegg skal også kontraktsforholdets egenart tillegges vekt. Dette fremgår særlig av momentet “partenes stilling”, og også av momentet “avtalens innhold”. Dersom hensynet til en individualiserende tolkning tillegges for stor vekt kan dette komme i strid med de overordnede hensynene til forutberegnelighet og likebehandling. Denne individualiserende tolkningen kan dermed ikke trekkes for langt.

3.5 Foreløpig konklusjon - Fellesnevner

Felleskjernen for de to grunnlagene er, slik jeg oppfatter det, at det etter begge grunnlagene skal finne sted en urimelighetsvurdering, men denne urimelighetsvurderingen er ulik for de to grunnlagene.

I forhold til avtaleloven § 36 skal det foretas en konkret helhetlig urimelighetsvurdering. Selve vurderingstemaet for hvorvidt revisjon skal finne sted er hvorvidt det generelt sett er urimelig å gjøre det bestående kontraktsforholdet gjeldende på oppfyllestidspunktet. Dersom revisjon skal finne sted med hjemmel i avtaleloven § 36 må kontrakten altså generelt sett være urimelig. Det vil med andre ord i utgangspunktet

⁴¹ Se Eng: Rettsfilosofi, Oslo 2007, s. 166 f.

sjelden kunne foretas revisjon om bare et urimelig avtalevilkår foreligger, med mindre dette da er et svært urimelig vilkår slik at det helhetlig gjør at avtalen karakteriseres som urimelig.

Også etter forutsetningslæren skal det finne sted en urimelighetsvurdering, og denne er knyttet til relevansvurderingen. Sammenlignet med den generelle urimelighetsvurderingen man skal foreta etter avtaleloven § 36 er urimelighetsvurderingen under relevansvilkåret ulik i den forstand at man her ikke foretar en generell vurdering av hele avtalen, men det er normalt kun en forutsetning, et forhold, som er gjenstand for vurdering.

Det kan videre forekomme en viss overlapping mellom de to grunnlagene i den forstand at bristende forutsetninger også kan være et element under urimelighetsvurderingen man skal foreta etter avtaleloven § 36. At det foreligger bristende forutsetninger kan altså være et moment som kan gjøre en avtale urimelig i avtaleloven § 36 sin forstand. Det sier seg imidlertid selv at bristende forutsetninger som grunnlag for revisjon i det fleste tilfelle vil være vanskeligere å nå frem med ved å anvende avtaleloven § 36 sammenlignet med forutsetningslæren. Etter forutsetningslæren er det kun de bristende forutsetningene som er vurderingstemaet, mens det etter avtaleloven § 36 som nevnt i utgangspunktet skal foretas en generell og konkret helhetsvurdering av hele avtaleforholdet. Slik vil bristende forutsetninger normalt bare bli ett av flere momenter i helhetsvurderingen.

3.6 Rettsvirkninger

3.6.1 Læren om bristende forutsetninger sine rettsvirkninger

Forutsetningslæren foreskriver svært fleksible rettsvirkninger ved uforutsett utvikling.

Dersom avtalen det har funnet sted en uforutsett utvikling av skal revideres kan den for det første kjennes ugyldig med virkning både ex tunc og ex nunc. Avtalen kan altså gis

både tilbakevirkende effekt, og effekt med hensyn til fremtidige ytelser, altså fra det tidspunktet den er gjenstand for revisjon og fremover.

Videre kan en bestående kontrakt modifieres, slik at ytelsen eller vederlaget økes eller minkes. I henhold til juridisk teori⁴² og voldgiftspraksis⁴³ er det bare parten som hadde forutsetningen det har funnet sted en uventet utvikling av som må godta en slik modificert kontrakt.

Dersom avtalen settes til side som ugyldig i sin helhet ex tunc, altså fra et tidligere tidspunkt av, er hovedregelen at mottatte ytelser skal tilbakeføres i sin helhet dersom ytelsene er av en slik art og i en slik befatning at dette er mulig. Unntak kan forekomme dersom dette ikke er mulig. Dette vil eksempelvis kunne være tilfelle dersom det foreligger bristende forutsetninger ved en ikke fullført entreprisekontrakt. For dette tilfelle skal partene tilbakeføre den berikelsen de ble tilført ved ytelsene.⁴⁴

Medkontrahenten, altså parten som ikke har fått noen brist i sine forutsetninger, har fått tildelt en valgreit. Han kan velge å fortsette det modifiserte kontraktsforholdet eller han kan kjenne hele kontrakten ugyldig. Den annen part kan altså ikke tvinges til å gå med på den modifiserte avtalen.

3.6.2 Avtaleloven § 36 sine rettsvirkninger

Også avtaleloven § 36 har svært fleksible rettsvirkninger. På noen områder går disse lenger enn hva som er tilfelle etter forutsetningslæren.

⁴² Se eksempelvis Augdahl: Den norske obligasjonsretts almindelige del, Oslo 1978 og Krüger: Norsk kontraktsrett, Bergen 1989.

⁴³ Se eksempelvis Rt 1951 371 og Rt 1954 50

⁴⁴ Se Krokeide: Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – Særlig i langsiktige kontraktsforhold, Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1977, s. 589 f.

I henhold til avtaleloven § 36(1) er rettsvirkningene etter bestemmelsen at avtalen helt eller delvis kan settes til side eller endres. Forarbeidene⁴⁵ til avtaleloven § 36 utdyper hvilke rettsvirkninger dette konkret kan innebære. Det kan foretas en revisjon av ett eller flere vilkår eller avtalen kan i sin helhet settes til side som ugyldig. I henhold til forarbeidene skal revisjonen normalt bestå i å tilsidesette eller endre det urimelige vilkåret og la avtalen for øvrig opprettholdes uendret.⁴⁶

Forarbeidene gir imidlertid svært vag veiledning med hensyn til valg av revisjonsmåte, slik at det i praksis vil bero på en konkret helhetsvurdering hvilke rettsvirkning man nærmere velger. Retningslinjen ved denne konkrete helhetsvurderingen er hovedprinsippet om at ugyldighet ikke skal få mer vidtgående virkninger enn formålet med ugyldighetsgrunnen tilsier. Formålet med avtaleloven § 36 er å revidere urimelige avtaler. Man må derfor ikke foreta revisjon i større utstrekning enn hva som er nødvendig for å gjøre avtalen rimelig.⁴⁷

Dersom avtalen det skal foretas en revisjon av helt eller delvis er oppfylt skal det finne sted en tilbakeføring av ytelsene. I motsetning til ved revisjon etter forutsetningslæren er ikke utgangspunktet at det er berikelsen som skal tilbakeføres. Hovedregelen er at det skal finne sted en tilbakeføring av det partene har mottatt i sin helhet. Eventuelle unntak fra hovedregelen, slik at det kun er berikelsen som skal tilbakeføres, kan i henhold til

⁴⁵ Se Ot. prp. nr. 5 1982 – 83 s. 36.

⁴⁶ Forarbeidene foreskriver følgende alternativer;

- Det urimelige vilkåret endres eller tilsidesettes. Avtalen for øvrig forblir uforandret.
- Det urimelige vilkåret endres, i tillegg til en endring eller tilsidesettelse av andre vilkår
- Det urimelige vilkåret opprettholdes, mens andre vilkår endres eller tilsidesettes.
- Avtalen settes til side som ugyldig i sin helhet

Se Ot. prp. nr. 5 1982 – 83 s. 36 og Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 409 f. sin systematiske oppstilling av revisjonsalternativene.

⁴⁷ Se Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 410.

forarbeidene finne sted dersom ”...*forholdene ligger til rette for det.*⁴⁸” Dette vil særlig kunne tenkes å være tilfelle dersom parten som blir utsatt for revisjon var i god tro. Trolig må man avgjøre hvorvidt tilbakeføringen skal være begrenset til berikelsen etter en konkret helhetsvurdering.

I utgangspunktet er det vedkommende som har fått en uforutsett utvikling av sine forutsetninger og dermed blitt part i det som har utviklet seg til å bli en urimelig avtale som har valgrett med hensyn til revisjonsmåte. Den part som ikke har fått brist i sine forutsetninger og dermed ikke er part i en urimelig avtale har i utgangspunktet ingen valgrett med hensyn til hvorvidt han ønsker avtalen modifisert eller tilsidesatt i sin helhet. I utgangspunktet kan medkontrahenten altså tvinge ham til å stå i en modifisert avtale. Reglene er her sammenfallende med hva som er tilfelle etter forutsetningslæren.

I henhold til forarbeidene kan unntak forekomme, slik at den part som ikke er rammet av den urimelige kontrakten kan kreve den tilsidesatt i sin helhet. Hvorvidt dette unntaket kommer til til anvendelse vil blant annet avhenge av hva som er årsak til avtalens urimelighet, dens innhold og dens tilblivelse.⁴⁹ Det er allikevel klart at parten som får sin avtale modifisert bare rent unntaksvis kan kreve seg helt fri fra avtalen.

⁴⁸ Se Ot. prp. nr. 5 1982 – 83 s. 37.

⁴⁹ Se Ot. prp. nr. 5 1982 – 83 s. 37.

4 Nærmere analyse av forarbeidene til avtaleloven § 36

4.1 Innledende bemerkninger

Forarbeidene til avtaleloven § 36 er blant de sentrale rettskilder med betydning for klarleggingen av forholdet mellom avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. En nærmere analyse av disse foretas dermed i det følgende.

Forarbeidene til en lov er blant annet ment å inneholde veiledning om hva lovgiver mente var formålet med en vedtatt lov og dens enkelte bestemmelser. De er dermed en rettskildefaktor med vesentlig vekt.⁵⁰ Med dette som bakgrunn ser jeg det naturlig å ta utgangspunkt i forarbeidene for å forsøke å kartlegge om disse sier noe om forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36, både på generell basis og med hensyn til deres forhold til typeforutsetninger og individuelle forutsetninger, etter innføringen av sistnevnte.

Læren om bristende forutsetninger er som nevnt utviklet i samspill mellom rettspraksis og juridisk teori og det foreligger dermed ingen forarbeider til forutsetningslæren i seg selv. Det blir dermed forarbeidene til avtaleloven § 36 som blir gjenstand for en nærmere analyse.

4.2 Nærmere analyse av de norske forarbeidene

⁵⁰ Se eksempelvis Eckhoff: Rettskildelære, Oslo 2001, s. 68 og Andenæs: Rettskildelære, Bergen 1997.

Av foreliggende norske forarbeider⁵¹ gir NOU 1979:32 og Ot.prp. nr. 5 1982 - 1983 best veiledning. Dette fordi de normalt er svært grundige og velbegrunnende, og de er utarbeidet av fagfolk på det aktuelle området. Det er derfor disse jeg har valgt å legge avgjørende vekt på.

I Ot.prp. Nr 5 (1982 - 1983) uttales følgende;

“Departementet går ut fra at vurderingene mht betydningen av senere inntrådte forhold stort sett vil måtte bli de samme etter den foreslåtte lempningsregel som etter læren om bristende forutsetninger. Også den alminnelige lære og rettspraksis om bristende forutsetninger forutsettes således å gi veiledning og være retningsgivende ved domstolenes praktisering av lempningsregelen for så vidt gjelder betydningen av senere inntrådte forhold.”⁵²

Slik jeg ser det taler denne uttalelsen for at de to grunnlagene i stor grad vil overlappe hverandre, da det jo sies at betydningen av senere inntrådte forhold stort sett blir de samme etter de to grunnlagene. Jeg vil allikevel ikke si at dette taler for at læren om bristende forutsetninger ikke lenger har en rolle i norsk rett, da det jo sies at forutsetningslæren i alle fall skal være veiledende når domstolene skal praktisere avtaleloven § 36. Forutsetningslæren må derfor i alle fall fortsatt ha betydning som en tolkningsfaktor ved anvendelsen av § 36.⁵³

⁵¹ Til vedtakelsesprosessen av en formell lov vil det normalt foreligge fire typer forarbeider. For det første en utredning fra en sakkyndig komité, en såkalt NOU. I vårt tilfelle er dette NOU 1979:32. Denne sendes til relevante høringsinstanser og tilbakemeldingene munner ut i en såkalt Odelstingsproposisjon (Ot.prp.) som utarbeides av departementet som er ansvarlig for fagområdet lovforslaget omhandler. For avtaleloven § 36 sitt vedkommende er dette Ot.prp. nr. 5 1982-83. Odelstingsproposisjonen fremlegges deretter i statsråd og vedtas eventuelt å fremmes for Odelstinget. Dersom den skal fremmes for Odelstinget utarbeides en innstilling til Odelstinget (Innst. O.). For vårt tilfelle er dette Innst. O. nr. 31 1982 - 83. Endelig foreligger forhandlinger og beslutninger fra Odelsting og Lagting (Besl. O.) Her er dette Besl. O. nr. 40 (1982 - 83). Se Andenæs: Rettskildelære, Bergen 1997, s. 24.

⁵² Se Ot. prp. nr. 5. 1982 – 83 s. 35.

⁵³ Se Huser: Avtalesensur, Bergen 1984, s. 41. Huser tolker også uttalelsen slik. Han ser ut til å forstå

Når departementet i proposisjonen bruker uttalelsen; “stort sett vil måtte bli de samme” tolker jeg dette videre dit hen at det tilsynelatende åpnes for at begge grunnlagene kan anvendes selvstendig. Det at de to revisjonsgrunnlagene overlapper hverandre ser dermed tilsynelatende ut til, slik jeg tolker det, å gjelde bare på enkelte områder.

Slik jeg tolker uttalelsen alene åpner den altså for at både forutsetningslæren og avtaleloven § 36 kan være selvstendige rettsgrunnlag i noen tilfeller, snarere enn å innskrenke forutsetningslæren sin plass i norsk rett. Proposisjonen gir meg imidlertid ingen videre holdepunkter med hensyn til i hvilke tilfeller eller på hvilke områder de to grunnlagene kan være selvstendige revisjonsgrunnlag. De to grunnlagenes nærmere rekkevidde forblir dermed uavklart.

En annen uttalelse som kan støtte opp om forutsetningslærens fortsatte selvstendige betydning finner vi i NOU 1979:23;

“Denne regel om “bristende forutsetninger” kan påberopes uavhengig av de regler det er redegjort for foran og utenom uttrykkelige bestemmelser i vedkommende avtale eller i loven. Det er vanskelig å si noe generelt om hvor langt denne ulovfestede regel rekker, i det hvert enkelt tilfelle må vurderes isolert.”⁵⁴

Uttalelsene sier imidlertid ikke noe mer enn at hvert enkelt tilfelle må vurderes konkret. Vi får altså ingen veiledning i forhold til når forutsetningslæren kan anvendes som selvstendig revisjonsgrunnlag, dette må man vurdere konkret, men vi får i alle fall vite at forutsetningslæren kan ha selvstendig betydning og dermed anvendes som revisjonsgrunnlag alene.

uttalelsen dit hen at de to revisjonsgrunnlagene delvis kan overlappe hverandre på noen områder, men altså uten at det ene grunnlaget nødvendigvis dermed ble gitt en større plass på bekostning av det andre.

⁵⁴ Se NOU 1979:32 s. 32.

Foreløpig konklusjon etter en nærmere analyse av de relevante forarbeider er altså at disse ikke sier noe uttrykkelig og utvetydig i forhold til forutsetningslæren plass i norsk rett etter innføringen av avtaleloven § 36 i 1984. Forarbeidene taler, slik jeg ser det, for at forutsetningslæren fortsatt kan ha en selvstendig betydning i norsk rett etter innføringen av avtaleloven § 36, men ut over dette finner vi lite veiledning med hensyn til hvordan avgrensningen mellom de to grunnlagene nærmere skal foretas. Dette forblir dermed fortsatt uavklart.⁵⁵

4.3 Nærmere analyse av de svenske forarbeidene

Når man skal foreta en analyse av de norske forarbeidene kan det også være relevant å studere de øvrige nordiske landenes forarbeider. Dette fordi avtaleloven § 36 ble vedtatt som et resultat av et nordisk samarbeid hvor man tilstrebet likeartede løsninger. Særlig vil det kunne være en fordel å belyse de øvrige landenes forarbeider hvor de norske forarbeidene ikke gir tilstrekkelig veiledning, slik her er tilfelle.⁵⁶ Utgangspunktet står imidlertid fast; Dersom det er motstrid mellom de norske og de øvrige lands forarbeider må de norske forarbeidene ha forrang og eventuelle utenlandske løsninger som belyser norsk rett må selvfølgelig uansett alt i alt fremstå som en fornuftig og rimelig løsning også i norsk rett.

De svenske forarbeidene⁵⁷ er, slik jeg tolker de, noe klarere med hensyn til forutsetningslærens rolle etter vedtagelsen av den nye generalklausulen. De ser ut til å

⁵⁵ Mitt synspunkt støttes av sentrale juridiske teoretikere. Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 305 og Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 401 f.

⁵⁶ Viktigheten av også å studere de øvrige nordiske lands forarbeider fremkommer blant annet i Rt. 1988 s. 276, hvor følgende uttales; "Jeg tilføyer at lempingsregelen i § 36 ble innført etter at lignende bestemmelser var vedtatt i Sverige og Danmark, og at hensynet til nordisk rettsenhet er nevnt som ledd i den begrunnelse som er gitt for å få en slik regel i Norge."

⁵⁷ Se SOU 1974:83

mene at forutsetningslæren fortsatt skal ha en selvstendig rolle i svensk rett;

“En möjlighet att tillämpa generalklausulen vid ändrade förhållanden bör emellertid inte ges den innebörden, att generalklausulen träder i stället för den s.k. förutsättningsläran vid bristande förutsettningar.”⁵⁸

Senere ble imidlertid de opprinnelige uttalelsene modifisert noe. NJA 1989 s. 619 inneholdt følgende uttalelse;

“...förutsättningsläran skulle få en mera begränsad betydelse än tidigare.”⁵⁹

De svenske forarbeidene går altså i alle fall ikke mot konklusjonene jeg trekker etter å ha studert de norske forarbeidene. Også disse ser ut til å ha ment at forutsetningslæren fortsatt skulle eksistere ved siden av den nye vedtatte generalklausulen, men at den etter innføringen av sistnevnte skulle tildeles en noe mindre plass. De svenske forarbeidene inneholder imidlertid heller ikke, i likhet med de norske, videre veiledning med hensyn til på hvilke rettsområder eller for hvilke type forutsetninger forutsetningslæren nærmere skulle få en mer begrenset rolle.

4.4 Avsluttende konklusjoner

Sammenfatningsvis ser jeg det slik at verken NOU 1979:32 eller Ot.prp. nr 5 (1982 - 1983) løser de to undergrenene av min problemstilling klart. Forarbeidene gir noe veiledning, men er ikke tilstrekkelig klare, når det gjelder forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 på generell basis. Etter en nærmere analyse ser vi ut til å kunne anta noenlunde sikkert at begge lærene fortsatt eksisterer i den

⁵⁸ Se SOU 1974:83 s. 157.

⁵⁹ Se NJA 1989 s. 619.

betydning at de har en selvstendig rolle og videre at det foreligger en viss overlapping mellom de to lærene. Vi får imidlertid ingen videre veiledning ved fastleggelsen av de nærmere strukturelle forskjellene mellom de to revisjonsgrunnlagene. Forarbeidene er taue med hensyn til på hvilke rettsområder og for hvilke type forutsetninger de to revisjonsgrunnlagene nærmere har sine anvendelsesområder.

5 Analyse av relevant rettspraksis og juridisk teori

5.1 Innledende bemerkninger

De sentrale rettskilder med betydning for klarleggingen av forholdet mellom avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger er altså forarbeidene til avtaleloven § 36, relevant rettspraksis på området og juridisk teori.

Jeg har ovenfor foretatt en analyse av forarbeidene til avtaleloven § 36. Slik har jeg et stykke på vei fått en forestilling om hvilke tanker lovgiver gjorde seg om forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 ved innføringen av sistnevnte i 1984.

Forutsetningslærens hovedfunksjon før innføringen av avtaleloven § 36 i 1984 var som nevnt i punkt 2.1 å fungere som et revisjonsgrunnlag ved irregulær utvikling, noe som altså gjør den og avtaleloven § 36 til konkurrerende revisjonsgrunnlag. Jeg vil i det følgende studere rettspraksis etter vedtakelsen av avtaleloven § 36 for å se hvilke rolle henholdsvis forutsetningslæren og avtaleloven § 36 har blitt tildelt som revisjonsgrunnlag etter innføringen av sistnevnte. Jeg vil videre, dersom begge grunnlagene antas å være anvendelige, forsøke å finne strukturelle trekk med hensyn til når de to revisjonsgrunnlagene påberopes og eventuelt legges til grunn, og videre hvorvidt valg av revisjonsgrunnlag har sammenheng med hvilke type forutsetning som foreligger.

Sammenlignet med forarbeidene viser rettspraksis hvordan utviklingen faktisk har vært etter innføringen av avtaleloven § 36, i motsetning til forarbeidene som inneholdt uttalelser om hva lovgiver ønsket og trodde ville skje på området. Da forarbeidene ble

utarbeidet var det vanskelig å si noe om hvordan rettsutviklingen faktisk ville bli. En analyse av rettspraksis blir dermed viktig for å løse oppgavens problemstilling.

Jeg vil både ta stilling til relevant rettspraksis fra Høyesterett og fra de ulike lagmannsrettene. Dette fordi Høyesterett sin praksis, som det vil fremgå i det følgende, ikke løser problemstillingen tilstrekkelig. Rettskildemessig er Høyesterett sin praksis å foretrekke⁶⁰, men det foreligger svært lite høyesterettspraksis som klargjør forholdet mellom avtaleloven § 36 og forutsetningslæren etter innføringen av førstnevnte. Det blir i neste omgang naturlig å foreta en analyse av relevant praksis fra lagmannsrettene, da disse er nærmeste nedenforliggende instans i domstolshierarkiet.

Som nevnt i punkt 2.1 er læren om bristende forutsetninger utviklet i samspill mellom rettspraksis og juridisk teori. Juridisk teori har i utgangspunktet liten rettskildemessig vekt alene, men den kan belyse de øvrige rettskilder i form av å inneha eventuell opplysnings – og argumentasjonsverdi. Dens konkrete vekt vil avhenge av den øvrige rettskildesituasjonen. Dens rettskildemessig betydning vil i praksis være størst på områder som ikke er lovregulerte og hvor det i tillegg foreligger lite rettspraksis.⁶¹ Dette har delvis vært tilfelle for forutsetningslærens vedkommende, da forutsetningslæren opprinnelig kun eksisterte i form av sedvanerett. I mangel av øvrige rettskilder har juridisk teori dermed tradisjonelt spilt en vesentlig rolle for forutsetningslærens utvikling. Det er en nær sammenheng mellom de to rettskildefaktorene rettspraksis og juridisk teori på forutsetningslærens område og dette gjør det naturlig å behandle rettspraksis og

⁶⁰ Høyesterett befinner seg øverst i domstolshierarkiet og avsagte dommer er endelige. Avgjørelser herfra kan derfor ha en klar prejudikatverdi, det vil si at en tidligere avsagt avgjørelse blir ansett som prejudikat for tilsvarende spørsmål som senere kommer opp til avgjørelse. Prejudikater er domsavgjørelser som har et mønster det kan være aktuelt å følge i en senere sak. Det er noe uklart når en dom senere skal anses som et prejudikat for lignende saker. Graden av likhet mellom spørsmålet som ble avgjort i den tidligere dommen og det som er oppe nå er et mye anvendt kriterium. Det må da foreligge et så nært slektskap mellom spørsmålene som var oppe i den tidligere og den nåværende sak at det er naturlig å anvende samme regelsett for begge tilfellene. Se Eckhoff: Rettskildelære, Oslo 2001, s. 159–160.

⁶¹ Se Andenæs: Rettskildelære, Oslo 1997, s. 130.

juridisk teori samlet. Ved begrunnelser og konklusjoner trukket under analysen av rettspraksis vil jeg derfor i det følgende henvise til juridisk teori på området i den grad denne kan inneha opplysnings – og argumentasjonsverdi.

5.2 Analyse av relevant praksis fra Høyesterett

5.2.1 Læren om bristende forutsetninger som selvstendig revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36

Jeg vil først forsøke å ta stilling til hvorvidt forutsetningslæren fortsatt eksisterer som et selvstendig revisjonsgrunnlag i norsk rett etter innføringen av avtaleloven § 36 i 1984.

Etter å ha foretatt en nærmere analyse av forarbeidene er foreløpig konklusjon at de to lærene eksisterer side om side som selvstendige revisjonsgrunnlag og at de har noe overlappende anvendelsesområder.

Juridisk teori kan på sin side bidra med lite for løsningen av denne delen av problemstillingen. Den er noe sprikende på området og kan ikke sies å gi konkrete holdepunkter.⁶²

⁶² Hagstrøm er blant de sentrale teoretikere som har tatt til orde for at forutsetningslæren mistet noe av sin betydning ved innføringen av avtaleloven § 36. Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 304 f. og Hagstrøm: Urimelige kontraktsvilkår, Lov og Rett, 1994. Woxholth trekker dette enda lenger. Hans oppfatning er at avtaleloven § 36 i svært stor grad mistet sin betydning ved innføringen av avtaleloven § 36. Dette fordi avtaleloven § 36 har et svært vidt skjønnsstema og svært fleksible rettsvirkninger og derfor i prinsippet har et bredere anvendelsesområde enn forutsetningslæren. Se Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 404 f. Begrunnelsene for forutsetningslærens tapte anvendelse etter innføringen av avtaleloven § 36 begrunnes hovedsakelig i forarbeidene til avtaleloven § 36 og i reelle hensyn, herunder særlig behovshensyn. Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 304 f. Hagstrøm begrunner sin forkastelse av forutsetningslæren blant annet i en tolkning av forarbeidene, da de, til tross for at det ikke sies eksplisitt,

Det blir etter dette de foreløpige konklusjonene fra analysen av forarbeidene jeg vil forsøke å forsterke i det følgende.

Når det gjelder forutsetningslærens rolle som revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36 har jeg kun lyktes å finne en dom hvor Høyesterett har basert et domsresultat på forutsetningslæren alene. Dette var tilfelle i Rt. 1999 s. 922.

Revisjonskravet førte ikke frem, slik at forutsetningslæren altså ikke har blitt anvendt som eneste hjemmel *for* revisjon ved etterfølgende omstendigheter, men læren ble anvendt som eneste begrunnelse for domsresultatet. Høyesterett tok i dommen også for første gang stilling til hvilket av de to konkurrerende revisjonsgrunnlagene som skulle anvendes på det konkrete saksforholdet. Dommen er blant de per dags dato avsatte dommer som har brakt størst klarhet i forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.

Dommen gjaldt krav om revisjon innenfor entrepriseretten og gjaldt såkalt utførelsesentreprise. Det sies, slik jeg oppfatter det, i dommen ikke noe direkte med hensyn til om den kun gjelder innenfor entreprise eller om den har virkninger også for andre rettsområder. Dommens uttalelser vedrørende forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er imidlertid svært generelle i sin form, noe som bør tas til regning for at uttalelsene i stor grad kan sies å gjelde generelt.

I hvilke grad det er aktuelt å anvende uttalelser som er mer konkrete i sin form analogisk vil etter mitt syn være avhengig av graden av likhet mellom kontraktstypene det er tale om. Områder utenfor entrepriseretten hvor det finner sted komplekse kontrakter og hvor kontraktspartene ofte tar en kalkulert risiko vil generelt ha store likhetstrekk med en

etter hans mening i alle fall ikke uttrykker noe ønske om å fastholde forutsetningslæren ved siden av § 36. På den andre siden har vi teoretikere med en oppfatning om at innføringen av avtaleloven § 36 har liten betydning for forutsetningslærens rolle i norsk rett og at de to lærene eksisterer side om side, men at det trolig etter innføringen av avtaleloven § 36 er blitt mindre behov for forutsetningslæren, særlig på entrepriserettens og kausjonsrettens område. Se eksempelvis Huser: Avtalesensur, Bergen 1984, s. 41 f. og Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 89 f.

typisk entreprisekontrakt. Disse kontraktene kan det derfor være naturlig å anvende dommen analogisk på. Slike kontrakter vil vi typisk finne i næringslivsvirksomhet.

På øvrige rettsfattede områder hvor likheten med den typiske entreprisekontrakt ikke er like stor, burde den i det minste kunne få betydning som en tolkningsfaktor. Dens betydning som tolkningsfaktor vil naturlig nok avhenge av hvilke øvrige rettskilder man har i den konkrete saken.

Rt. 1999 s. 922 gjaldt krav om tilleggsbetaling for merutgifter ved byggingen av deler av Nordhordalandsbrua. Det hadde oppstått det entreprenøren mente var uforutsette vansker ved sveisingen av høyfast stål. Ved sveisingen hadde det oppstått såkalte hydrogensprekker i broen. Entreprenøren som hadde fått tilslag på anbudet, Arbeidsfellesskapet Salhus Flytebru, mente det uventede kompliserte og kostbare arbeidet medførte en bristende forutsetning byggherren var nærmest til å bære risikoen for. Arbeidsfellesskapet hevdet det derfor måtte finne sted en revisjon av den opprinnelige avtalen i form av at de ble tilkjent tilleggsbetaling.

Høyesterett fastslo i dommen for det første at forutsetningslæren var et mulig revisjonsgrunnlag innenfor entrepriseretten;

“Det er en anerkjent rettssetning at entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger.”⁶³

Videre ble det også konkret tatt stilling til hvilke av de to konkurrerende revisjonsgrunnlagene forutsetningslæren og avtaleloven § 36 man skulle benytte i saken.

Entreprenøren, Arbeidsfellesskapet Salhus Flytebru, fikk ikke medhold i sitt krav på tilleggsvederlag, da det var de som var nærmest til å bære risikoen for forholdet. Det

⁶³ Rt 1999 922 s. 931.

spesielle var at Høyesterett var delt i synet på hvilket revisjonsgrunnlag de skulle avgjøre forholdet etter. Flertallet på tre dommere ville avgjøre forholdet etter læren om bristende forutsetninger, mens mindretallet på to dommere på sin side ville avgjøre forholdet etter avtaleloven § 36. Dommerne var altså enige om utfallet i saken, men de var ikke enige om hvilke revisjonsgrunnlag de skulle benytte.

5.2.1.1 Drøftelse av flertallets uttalelser

Førstvoterende, som ville avgjøre forholdet etter læren om bristende forutsetninger, uttalte;

“Jeg tilføyer at flere forfattere i senere år har reist spørsmål om å ta inn læren om bristende forutsetninger under den generelle lempningsregel i avtaleloven § 36. Nærværende sak har vært prosedert for Høyesterett som et spørsmål om bristende forutsetninger, noe også jeg finner mest nærliggende. Etter min mening egner saken seg ikke for en mer prinsipiell drøftelse av forholdet mellom den tradisjonelle læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36. Jeg ser det slik at en avtalerevisjon etter § 36 ofte vil være båret av mer generelle rimelighetsbetraktninger som det er liten plass for i et kontraktsforhold som det vi her står ovenfor.”⁶⁴

Hva som ligger i uttrykket “generelle rimelighetsbetraktninger” ser jeg det nødvendig å avklare nærmere. Jeg forstår dette først og fremst slik at Høyesterett mener den høye terskelen revisjon etter avtaleloven § 36 krever ikke er oppstilt. Skal det finne sted revisjon med hjemmel i avtaleloven § 36 må “mer generelle rimelighetsbetraktninger” være oppfylt og Høyesterett fant ikke at dette var tilfelle i saken. Jeg forstår dette slik at man ved anvendelsen av avtaleloven § 36 ser på om avtalen som kreves revidert er helhetlig og generelt urimelig og at revisjon med hjemmel i § 36 ikke kan finne sted om bare deler av avtalen er urimelig.

⁶⁴ Rt 1999 922 s. 932.

Den urimelighetsvurderingen man foretar etter forutsetningslæren er slik jeg forstår det en annen og noe snevrere. Ved denne vurderingen ser man hovedsakelig på konkrete forutsetninger hos en part som forelå ved avtaleinngåelsen. Det er ikke nødvendigvis et krav om at avtalen generelt er urimelig, dersom det har funnet sted en brist i en relevant forutsetning en part hadde ved kontraktsinngåelsen. Ved anvendelsen av avtaleloven § 36 vil derimot ofte ikke en brist i en forutsetning alene eller et urimelig avtalevilkår alene føre til revisjon, da man altså skal se på hele avtalen samlet. Et urimelig avtalevilkår kan eksempelvis oppveies av andre gunstige sider ved avtalen, eller er uansett ikke alene nok til at avtalen generelt kan kvalifisere for å være urimelig i henhold til avtaleloven § 36.

Hvor det derimot foreligger generell urimelighet i et kontraktsforhold, og ikke bare en brist i en relevant forutsetning på grunn av etterfølgende forhold, vil det, i alle fall innenfor entrepriserett, derimot være mer riktig å foreta eventuell revisjon med grunnlag i avtaleloven § 36. Avtaleloven § 36 er her mer anvendelig, da den kommer til anvendelse hvor den opprinnelige risikobalansen forrykkes i en slik grad at det foreligger generell og helhetlig urimelighet.

Tilsvarende vil være tilfelle hvor kontraktspartene har foretatt en plassering av risikoen for bristende forutsetninger i kontrakten. Dette kan typisk være tilfelle for profesjonelle parter. Her kan kontrakten i utgangspunktet ikke revideres med hjemmel i forutsetningslæren.⁶⁵ Ved spekulasjon anses det som rimelig å la partene selv bære risikoen for egne forutsetninger. For disse tilfellene må det dermed finne sted en

⁶⁵ Det er noe omdiskutert hvorvidt revisjon på bakgrunn av forutsetningslæren ikke under noen omstendighet kan finne sted i disse tilfellene. Etter avsigelsen av Rt. 1989 s. 1215 er dette et nærliggende resonnement. Dommen har imidlertid blitt noe kritisert i juridisk teori, da enkelte er av den oppfatning at den er for streng. Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s 265. Sammenfatningsvis kan man i alle fall slutte at for tilfeller hvor profesjonelle parter har inngått en kontrakt med klare kontraktsbestemmelser vedrørende risikofordelingen kreves det svært mye for å nå frem med et revisjonskrav av kontrakten på bakgrunn av forutsetningslæren.

generell og helhetlig urimelighetsvurdering med hjemmel i avtaleloven § 36.⁶⁶

5.2.1.2 Drøftelse av mindretallets uttalelser

Mindretallet på to dommere kom også frem til at revisjon ikke kunne skje, men altså med grunnlag i avtaleloven § 36. Om valg av revisjonsgrunnlag uttalte annenvoterende følgende;

“Når det gjelder den nærmere rettslige vurdering av entreprenørens krav, finner jeg at denne må skje på grunnlag av avtaleloven § 36, som for de spørsmål saken gjelder, etter min mening har trådt i stedet for - har erstattet - den eldre lære om bristende forutsetninger.”⁶⁷

Mindretallet ønsket altså ikke å benytte forutsetningslæren i denne konkrete saken, men jeg oppfatter det allikevel ikke slik at de på noen måte avkreftet at den fortsatt eksisterer, da de bruker ordene; “for de spørsmål saken gjelder”. Jeg forstår dette slik at de fortsatt mener den eksisterer som et selvstendig revisjonsgrunnlag, men den fikk bare ikke anvendelse i denne konkrete saken, da avtaleloven § 36 hadde erstattet forutsetningslæren for de konkrete forholdene saken gjaldt.

De fastslo videre at vurderingene som skal finne sted etter de to grunnlagene er svært like;

“...den urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36, vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger.”⁶⁸

⁶⁶ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 265.

⁶⁷ Rt 1999 922 s. 943.

⁶⁸ Rt 1999 922 s. 943.

Visse ulikheter i forhold til vurderingen man skulle foreta etter de to grunnlagene var det allikevel. De uttalte videre;

“Men avtaleloven § 36 spør ikke etter faktiske eller hypotetiske forutsetninger hos entreprenøren, og heller ikke etter slike forutsetningers betydning som motiv for å ha inngått kontrakten med den vederlagsbestemmelsen som foreligger. Man kan gå rett på det sentrale spørsmål om hvor risikoen skal plasseres.”⁶⁹

Vurderingen etter avtaleloven § 36 skiller seg fra vurderingen man skal foreta etter forutsetningslæren ved å være en generell vurdering av hvem det helhetlig hele kontrakten sett i betraktning er rimelig at skal ha risikoen for forholdet det tvistes om. Vurderingen etter forutsetningslæren er derimot en vurdering av et konkret forhold, en konkret forutsetning, som forelå ved kontraktsinngåelsen og som senere har bristet.

Slik jeg oppfatter det er det altså ikke grunnleggende uenighet mellom flertallet og mindretallet med hensyn til forutsetningslærens rolle i dag. De er enige med hensyn til hvordan vurderingene etter de to grunnlagene skal foretas. De ser også begge ut til å mene at de to grunnlagene fortsatt eksisterer, men de er altså ikke enige når det gjelder hvilke forhold avtaleloven § 36 har erstattet forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag for.

Uansett forutsetningslærens selvstendige rolle som revisjonsgrunnlag etter innføringen av avtaleloven § 36, og uavhengig av hvorvidt forutsetningslæren konkret kommer til anvendelse, ser mindretallet videre ut til å mene at den i det minste er et tolkningsmoment ved anvendelsen av avtaleloven § 36. Dette fremgår av uttalelsen referert ovenfor om at urimelighetsvurderingen man skal foreta etter avtaleloven § 36 *“...vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om*

⁶⁹ Rt 1999 922 s. 943.

*bristende forutsetninger.*⁷⁰”

5.2.2 De to revisjonsgrunnlagenes forhold til typeforutsetninger og individuelle forutsetninger

Jeg går videre over til å drøfte hvorvidt uttalelsene i Rt. 1999 s. 922 gjelder for henholdsvis typeforutsetninger eller individualforutsetninger. Dette for å forsøke å trekke noen konklusjoner med hensyn til hvorvidt Høyesterett sin anvendelse av revisjonsgrunnlag har sammenheng med hvilke type forutsetning det foreligger en irregulær utvikling av.

Juridiske teoretikere⁷¹ har i delvis stor grad befattet seg med dette spørsmålet og den rådende oppfatning er at avtaleloven § 36 sitt primære anvendelsesområde som revisjonsgrunnlag er typeforutsetningene, slik at forutsetningslæren for typeforutsetningenes vedkommende altså mistet mye av sin betydning ved innføringen av avtaleloven § 36. Hovedbegrunnelsen er at urimelighetsvurderingen man skal foreta etter avtaleloven § 36 er generell og helhetlig og det er liten plass for individuelle forutsetninger under vurderingen. Slike atypiske og spesifikke forutsetninger vil alene sjelden kvalifisere for urimelighet. For disse forutsetningene spiller dermed forutsetningslæren fortsatt en rolle da avtaleloven § 36 altså ikke dekker behovet for revisjon også ved irregulær utvikling av slike forutsetninger. På individuelle forutsetninger sitt område foreligger det dermed ingen overlapping mellom de to grunnlagene og det blir derfor disse som blir forutsetningslærens primære anvendelsesområde etter innføringen av avtaleloven § 36.⁷²

⁷⁰ Se Rt 1999 922 s. 943.

⁷¹ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 252 f. og s. 280 f., Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 407 og 444 f. og Woxholth: Forutsetningslæren og avtaleloven § 36, Jussens Venner, 2000, s. 122 f.

⁷² Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 305 f., Hagstrøm: Urimelige kontraktsvilkår,

Forutsetningslærens tapte rolle for typeforutsetningers vedkommende begrunnes i juridisk teori også i hensynet til forutberegnelighet. Ordlyden i avtaleloven § 36 alene kan tale for at også individuelle forhold skal ha betydning under urimelighetsvurderingen, da momenter som "kontraktforholdets egenart" og "partenes stilling" skal tillegges vekt. Dersom denne individuelle prøvelse trekkes for langt kan dette imidlertid komme i strid med ønsket om forutberegnelighet. En vidtrekkende individuell bedømmelse gjør det vanskelig å fastlegge klare retningslinjer og prinsipper for anvendelsen av avtaleloven § 36. Dette gjør det dermed mer ønskelig å fokusere på typeforutsetningene ved urimelighetsvurderingen.⁷³

Sammenfatningsvis oppfatter jeg juridisk teori dit hen at forutsetningslæren etter innføringen av avtaleloven § 36 eventuelt fortsatt må ha en selvstendig rolle som revisjonsgrunnlag for individuelle forutsetninger. For typeforutsetninger mistet den derimot mye av sin betydning som selvstendig revisjonsgrunnlag ved innføringen av avtaleloven § 36.

Flertallet i dommen tar ikke direkte stilling til hvilke forutsetninger den gjelder for. Slik jeg tolker dommen gjelder resultatet for typeforutsetninger. Dette fordi førstvoterende hele veien gjør et viktig poeng av å fastslå at problemene entreprenøren fikk i forbindelse med sveisingen av det høyfaste stålet var helt normale og anerkjente forhold enhver entreprenør måtte regne med;

"Tvert om var faren for hydrogensprekker kjent, og også de nødvendige mottiltak var kjent."⁷⁴

Problemene entreprenøren fikk i forbindelse med sveisingen av det høyfaste stålet var

Lov og Rett, 1994, s. 166 f., Krokeide: Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – Særlig i langsiktige kontraktsforhold, Tidsskrift For Rettsvitenskap, 1977, s. 587 f.

⁷³ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 280.

altså helt normale og godt kjente problemer. Dette taler for at forutsetningene var typiske, slik at motparten ved kontraktsinngåelsen tok det som en selvfølge at entreprenøren skulle overvinne eventuelle problemer med hydrogensprekker som oppstod under arbeidet. Det var altså ingenting som talte for at forutsetningene var individuelle i den forstand at de var atypiske eller unormale. Jeg finner etter dette at dommen gjelder for typeforutsetninger på entrepriserettens område.⁷⁵

Det må tilføyes at det er noe overraskende at flertallet ønsket å anvende forutsetningslæren når det var typeforutsetninger det ble hevdet at det hadde funnet sted en uforutsett utvikling av. Dette taler mot hva sentrale juridiske teoretikere har hevdet.⁷⁶ I juridisk teori foreligger som nevnt en oppfatning av at forutsetningslæren mistet mye av sin selvstendige betydning for typeforutsetningene ved innføringen av avtaleloven § 36. Dette trenger allikevel ikke tillegges avgjørende betydning. Trolig lar ikke Høyesterett mer teoretiske problemstillinger, lik inndelingen i typeforutsetninger og individuelle forutsetninger, være avgjørende for hvordan de vil løse en konkret sak. De anvender det revisjonsgrunnlaget de, alle forhold tatt i betraktning, finner at fører til det mest rimelige resultatet. Samtidig vet vi at det, som nevnt i punkt 2.1, er lang tradisjon for å anvende forutsetningslæren på irregulær utvikling innenfor entrepriseretten generelt. Dette fordi det er en rekke særtrekk som gjør seg gjeldende på entrepriserettens område og disse særtrekkene gjør forutsetningslæren generelt mer anvendelig, uavhengig av hvilke type forutsetninger som konkret foreligger. Se nærmere om dette nedenfor i punkt 5.6.8.

Slik jeg tolker dommen kom altså flertallet til at forutsetningslæren fortsatt har en selvstendig plass ved typeforutsetninger i kontraktsforhold, i alle fall innenfor entrepriseretten. For tilfeller av irregulær utvikling av typeforutsetninger hvor forholdet

⁷⁴ Rt 1999 922 s. 938.

⁷⁵ Min forståelse støttes av sentrale juridiske teoretikere. Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 306 f.

⁷⁶ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 252 f.

ikke faller inn under avtaleloven § 36, men hvor man allikevel anser at revisjon bør finne sted, bør revisjon dermed finne sted etter læren om bristende forutsetninger.

5.3 Avtaleloven § 36 som selvstendig revisjonsgrunnlag

Når det gjelder avtaleloven § 36 sin rolle som revisjonsgrunnlag har vi, i motsetning til hva som er tilfellet med forutsetningslæren, enkelte eksempler på at avtaleloven § 36 har blitt anvendt som selvstendig hjemmel for revisjon på grunn av etterfølgende omstendigheter.

Vi kan umiddelbart utpeke enkelte rettsområder hvor avtaleloven § 36 har sitt anvendelsesområde alene. Dette er eksempelvis tilfelle ved eventuell revisjon av løpende avtaleforhold hvor inflasjon har ført til ubalanse mellom ytelsene. Rettspraksis på området er blant annet Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295. Begge sakene gjaldt krav om oppregulering av festeavgift med hjemmel i avtaleloven § 36. Høyesterett kom til at revisjon kunne finne sted med hjemmel i avtaleloven § 36 fordi fallet i pengeverdien hadde ført til at festeavtalen var blitt klart urimelig for bortfester.

Årsaken til at avtaleloven § 36 blir anvendt på disse tilfellene er, slik jeg forstår det, at disse er utenfor forutsetningslærens anvendelsesområde. Forutsetningslæren ble heller ikke anvendt på disse tilfellene før innføringen av avtaleloven § 36. I norsk rett gjelder det såkalte nominalistiske prinsipp. En krone er en krone uansett. Dette innebærer i neste omgang at en avtale skal oppfylles etter det avtalte kronebeløp selv om kronens verdi har sunket eller steget i verdi i tiden fra avtalen ble inngått og til den skal oppfylles.⁷⁷ Den som har et utestående krav har altså risikoen for eventuelt fall i kroneverdien og endringer i denne innebærer dermed ingen bristende forutsetning. Det synes derimot svært nærliggende å anvende avtaleloven § 36 på disse tilfellene.

⁷⁷ Rt 1988 276 s. 278.

Avtaleloven § 36 regulerer urimelige avtaler på formuesrettens område, og en oppstått ubalanse mellom ytelsene vil fort kunne innebære at en avtale må karakteriseres som urimelig etter den helhetlige og generelle vurderingen avtaleloven § 36 foreskriver. Etter Rt. 1988 s. 276 og Rt. 1988 s. 295 vet vi også at revisjon av avtaleforhold hvor inflasjon har ført til ubalanse mellom ytelsene kan reguleres med hjemmel i avtaleloven § 36.

5.4 Særlig om kausjonsrett

I likhet med hva som er tilfelle innenfor entrepriseretten er også kausjonsretten et område hvor en rekke særtrekk gjør seg gjeldende. Som drøftet i punkt 2.1 er det i juridisk teori hevdet at det foreligger en lang tradisjon for anvendelse av forutsetningslæren på kausjonsrettens område. Jeg vil i det følgende analysere relevant rettspraksis på kausjonsrettens område for å forsøke å fastlegge hvorvidt dette er tilfelle.

Rt. 1995 s. 964 gjaldt omfanget av en kausjonsforpliktelse for medeieren i et fåmannsaksjeselskap⁷⁸. Ankemotparten fremmet krav om revisjon av en foreliggende kausjonsavtale med grunnlag i læren om bristende forutsetninger. Avtaleloven § 36 ble ikke påberopt i saken.

Høyesterett vurderte konkret hvorvidt det forelå en relevant bristende forutsetning, men fant at dette ikke var tilfelle i den konkrete sak. Forutsetningslæren så altså ut til å være riktig revisjonsgrunnlag å anvende på forholdet, men kravet førte ikke konkret frem. Den ankende part vant frem i saken fordi ankemotparten ble ansett å ha godtatt et tidligere forlik i saken. Det forelå dermed ikke en relevant bristende forutsetning, slik ankemotparten hevdet.;

"Ved vurderingen av om det her foreligger en relevant bristende forutsetning, må det

⁷⁸ Begrepet "fåmannsaksjeselskap" var en rettslig kategori som ble anvendt i dommen. Se Rt 1995 964 s. 964.

også tas i betraktning at begge parter på forhandlingstidspunktet synes å ha forutsatt at bankens erstatningsansvar var avhengig av hvilket formål uttakene var benyttet til. Dette fremgår for selskapets vedkommende av Brandts notat hvor han tar forbehold om at noen av belastningene kan være berettigete. Det er nærliggende å anta at Brandt av denne grunn hadde konsentrert seg om å undersøke de uttakene han hadde mistanke om kunne være benyttet til Schies private formål. Dette taler for at det forliket som her ble inngått, må anses som en kompromissløsning som begge parter fant å kunne godta uten å anstille ytterligere undersøkelser.⁷⁹

Sammenfatningsvis er det etter dette grunn til å anta at forutsetningslæren er det rådende revisjonsgrunnlag på kausjonsrettens område.⁸⁰ Dette er også i overensstemmelse med juridisk teori.⁸¹

5.5 Samlende konklusjoner etter analyse av relevant høyesterettspraksis

Sammenfatningsvis kan vi for det første fastslå at både avtaleloven § 36 og forutsetningslæren fortsatt eksisterer som selvstendige revisjonsgrunnlag i norsk rett.

⁷⁹ Rt 1995 964 s. 969.

⁸⁰ Når det gjelder forutsetningslærens nærmere anvendelse på kausjonsrettens område har man i rettspraksis tradisjonelt kunnet se en tendens til en skjerpelse av relevansvilkåret. Dette har særlig vært tilfelle for forutsetninger om realsikkerhet. Eksempelvis var ikke relevansvilkåret oppfylt i Rt. 1925 s. 501. Saken gjaldt stilt kausjon på bakgrunn av en forutsetning om sikkerhet i deponerte pakker med sølv. Pakkene inneholdt imidlertid isteden tilnærmet verdiløst bly. Kreditor hadde kunnskap om at pakkene inneholdt bly istedenfor sølv på det tidspunkt realkausjonen ble stilt. Kravet om revisjon av kausjonsavtalen førte imidlertid ikke frem. Dommen ble gjenstand for betydelig kritikk i etterfølgende juridisk teori og senere avsagte dommer på området⁸⁰ har bidratt til en fremvekst av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.⁸⁰ Etter dette er trolig ikke domsresultatet i Rt. 1925 s. 501 gjeldende rett i dag, slik at det ikke foreligger en skjerpelse av relevansvilkåret på kausjonsrettens område. Se Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 49

⁸¹ Se eksempelvis Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 248-249 og Hagstrøm: Kausjonsrettens i forandring, Jussens Venner, 2003.

Dette fordi Høyesterett i Rt. 1999 s. 922 avgjorde forholdet på grunnlag av forutsetningslæren alene. Revisjonskravet førte ikke frem i den konkrete saken, forutsetningslæren ble ikke anvendt som eneste hjemmel *for* revisjon ved etterfølgende omstendigheter, men læren ble anvendt som eneste begrunnelse for domsresultatet. Dette kunne ikke vært tilfelle dersom forutsetningslæren ikke lenger eksisterte som et selvstendig revisjonsgrunnlag. Slik jeg ser det er flertallet altså av den oppfatning at avtaleloven § 36 ikke har erstattet forutsetningslæren, i alle fall ikke for de forhold dommen omhandlet. Læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 lever dermed som revisjonsgrunnlag side om side etter innføringen av avtaleloven § 36 i 1984.⁸²

Når det gjelder de to revisjonsgrunnlagenes påberopelse ser vi videre at både avtaleloven § 36 og forutsetningslæren fra tid til annen har blitt påberopt som revisjonsgrunnlag ved uventet etterfølgende utvikling av et kontraktsforhold. Når det gjelder hvorvidt revisjonskravene faktisk har ført frem ser vi imidlertid en klar overvekt for revisjonskrav basert på avtaleloven § 36 sitt vedkommende. Revisjonskrav med grunnlag i avtaleloven § 36 har ført frem i enkelte saker. For forutsetningslærens vedkommende har revisjonskrav imidlertid fortsatt ikke, så vidt jeg kan se, ført frem. I Rt. 1999 s. 922 baserte Høyesterett domsresultatet på forutsetningslæren alene, men revisjonskravet førte ikke frem.

Noe av årsaken til at forutsetningslæren, med unntak av Rt. 1999 s. 922, ikke har ført frem som rettsgrunnlag alene i de saker hvor den har vært påberopt kan muligens være at det har vært andre konkurrerende rettsgrunnlag det har vært lettere å gripe til for Høyesterett. Forutsetningslærens kanskje største ulempe i kampen med øvrige konkurrerende rettsgrunnlag, og da særlig avtaleloven § 36, er det faktum at den kun eksisterer i form av sedvanerett. Det er ingen klare lovbestemmelser å vise til, slik tilfelle er med avtaleloven § 36, og den får dermed rettskildemessig mindre legitimitet.

⁸² Se Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 90.

I tillegg til dette eksisterer det altså stadig lite avklarende rettspraksis på forutsetningslæren sitt område. Etter innføringen av avtaleloven § 36 har jeg kun lyktes å finne en dom hvor forutsetningslæren ble anvendt som eneste hjemmel for domsresultatet.⁸³ Dens betydning i dag forblir dermed noe vag og usikker.

En annen årsak til at avtaleloven § 36, på bekostning av forutsetningslæren, i flere tilfelle har fått anvendelse som revisjonsgrunnlag kan rett og slett være at det som drøftet ovenfor under punkt 3.3 kreves svært mye for å nå frem med et revisjonskrav etter forutsetningslæren. Det er mulig det i de konkrete sakene var lettere å nå frem med andre revisjonsgrunnlag, herunder avtaleloven § 36. Kanskje har ikke Høyesterett i det hele tatt drøftet forutsetningslæren hvor den har vært påberopt fordi de ikke mente dens forholdsvis strenge vilkår under noen omstendighet kunne være oppfylt. De valgte derfor å drøfte andre grunnlag saksøker påberopte seg som det var en reell mulighet for at faktisk kunne føre frem.

5.5.1 Enkelte teorier rundt Høyesterett sin anvendelse av læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36.

Jeg går videre over til å foreta en vurdering av de strukturelle trekkene vi nå har sett eksisterer med hensyn til når de ulike revisjonsgrunnlagene påberopes og eventuelt kommer til anvendelse. Jeg vil forsøke å finne mulige årsaker til hvorfor de ulike grunnlagene påberopes og eventuelt fører frem i akkurat de sakene de gjør.

Når det gjelder Høyesterett sin bruk av forutsetningslæren er det vanskelig å dra klare konklusjoner på grunn av mangelen på relevant rettspraksis. Som nevnt i punkt 5.2.1 foreligger det per dags dato ingen avgjørelser fra Høyesterett hvor et revisjonskrav har ført frem slik at revisjon har funnet sted på bakgrunn av forutsetningslæren alene.

⁸³ Se Rt 1999 922

Når det gjelder Høyesterett sin bruk av avtaleloven § 36 som revisjonsgrunnlag er denne mer aktiv enn bruken av forutsetningslæren. Revisjon på grunnlag av avtaleloven § 36 har i en del tilfelle ført frem, men generelt har Høyesterett også her vært tilbakeholdne. Samlende kan vi si at det kreves en hel del før revisjon eventuelt kan finne sted. Jeg vil i det følgende forsøke å foreta noen vurderinger av hvorfor Høyesterett har valgt å foreta revisjon med utgangspunkt i avtaleloven § 36 i den grad de har.

En forklaring kan finnes i svensk og dansk rettspraksis rundt deres tilsvarende generalklausuler. Svensk og dansk rett representerer ulike ytterpunkter med hensyn til anvendelsen av avtaleloven § 36. Sveriges Högsta Domstolen har til tider vært svært liberale i sin anvendelse av generalklausulen. I Danmark har det motsatte vært tilfelle. Danmarks Højesteret har vært svært tilbakeholdne med å la generalklausulen komme til anvendelse. Høyesterett her hjemme har muligens søkt å finne et balansepunkt mellom disse to ytterpunktene hvor de både ivaretar hensynet til rimelighet på den ene side og hensynet til forutberegnelighet og regelsikkerhet på den andre side. Dette kan være en forklaring på den noe tilbakeholdne praksisen rundt avtaleloven § 36.⁸⁴

Når det gjelder skillet mellom typeforutsetninger og individuelle forutsetninger, et skille det er mye fokus på i juridisk teori, ser vi at høyesterettspraksis har tillagt dette liten eller ingen vekt. Dette trenger ikke bety at skillet ikke foreligger og har betydning. Trolig lar ikke Høyesterett teoretiske problemstillinger lik de to lærenes forhold til de to ulike typene av forutsetninger være avgjørende, men søker å finne frem til det de mener er en rimelig avgjørelse i den konkrete sak. Dette var tilfelle i Rt. 1999 s. 922.

⁸⁴ Se Hagstrøm: Urimelige avtalevilkår, Lov og Rett, 1994, s. 133 f. Fra svensk rettspraksis nevnes eksempelvis NJA 1989 s. 356, som går svært langt i å ivareta rene rimelighetshensyn. Sveriges Högsta Domstolen foretok her en revisjon av en forsikringspolise i den forstand at de utvidet dens dekning, til tross for at det verken var mangler ved vilkårene isolert sett eller ved forsikringspolisens tilblivelse. Se Hagstrøm: Urimelige avtalevilkår, Lov og Rett, 1994, s. 134 og 146.

Forutsetningslæren fikk her anvendelse på typeforutsetninger til tross for at forutsetningslæren, i henhold til juridisk teori, har mistet mye av sin rolle for typeforutsetningenes vedkommende til avtaleloven § 36. Høyesteretts begrunnelse for resultatet ser ut til å være rene rimelighetshensyn. Dersom avtaleloven § 36 skulle anvendes og det skulle foretas en generell rimelighetsvurdering på forholdet ville lemping av avtalen trolig lettere kunne blitt tilfelle.

5.5.2 Nærmere om det nære forholdet mellom læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36

Selv om vurderingene man skal foreta etter forutsetningslæren og avtaleloven § 36 prinsipielt er ulike viser en rekke dommer at det er en svært nær sammenheng mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36, slik at de vil ha overlappende anvendelsesområder. Dette fordi det i stor grad er de samme momenter som er relevante etter begge revisjonsgrunnlagene. Prinsipielt er det fullt mulig at flere rettsgrunnlag kommer til anvendelse på de samme faktiske forhold.⁸⁵

Uttalelser vedrørende den nære sammenhengen mellom de to revisjonsgrunnlagene finner vi blant annet i Rt. 1999 s. 922;

”...den urimelighetsvurderingen som skal foretas etter avtaleloven § 36, vil ligge nær opp til den relevansvurderingen som skal foretas etter læren om bristende forutsetninger⁸⁶.”

⁸⁵ Se Hov: Avtaleslutning og ugyldighet, Oslo 2002, s. 90. Som et annet eksempel på tilfelle hvor flere rettsgrunnlag kan komme til anvendelse på de samme faktiske forhold nevner Hov urimelige priser som prinsipielt kan rammes både av avtaleloven § 36 og Lov om pristiltak, nummer 66 av 1993, § 2.

⁸⁶ Rt 1999 922 s. 943.

Tilsvarende uttalelser var tilfelle i Rt. 2000 s. 806 som gjaldt revisjon av en konsesjonskraftavtale. Grunnlagene som ble påberopt var utfyllende tolkning av den foreliggende avtalen, avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger. Om den nære sammenhengen mellom de påberopte grunnlagene ble følgende uttalt;

"I atskillig utstrekning er de samme momentene relevante i forhold til alle disse tre anførslene, og jeg behandler dem dels under ett.⁸⁷"

En konsekvens av den nære sammenhengen mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er at de to lærene kan anvendes som et tolkningsmoment hvor det konkurrerende revisjonsgrunnlaget påberopes. Dette vil nærmere innebære at dersom eksempelvis avtaleloven § 36 påberopes som grunnlag for et revisjonskrav kan bristende forutsetninger anvendes som et tolkningsmoment ved avgjørelsen av hvilke part som skal ha risikoen for den irregulære utviklingen av avtaleforholdet som har funnet sted.

Dette var eksempelvis tilfelle i Rt. 1994 s. 1 som gjaldt etteroppgjør for levering av elektrisk kraft. Avtaleloven § 36 ble påberopt som grunnlag for revisjon av den opprinnelige avtalen. Høyesterett fant ikke at vilkårene for anvendelse av avtaleloven § 36 var oppfylt og revisjonskravet førte ikke frem, men forutsetningslæren ble anvendt som et tolkningsmoment ved drøftelsen av i hvilke utstrekning en reforhandlingsklausul i en avtale generelt gav kontraktspartene krav på endringer i kontrakten. Forutsetningslæren ble anvendt som det vi kan kalle et bakteppe for Høyesterett sin argumentasjon. En parts berettigede forventninger var et moment det skulle tas hensyn til ved avgjørelsen av hvilke betydning en reforhandlingsklausul hadde.

Tilsvarende var tilfelle i Rt. 2005 s. 257. Forutsetningslæren ble også her gitt direkte betydning som et tolkningsmoment. Forutsetningslæren var ikke påberopt av noen av partene. Høyesterett anvendte den på eget initiativ som et tolkningsmoment ved anvendelsen av de øvrige kjøpsrettslige reglene som kom til anvendelse i den konkrete

⁸⁷ Rt 2000 806 s. 815

saken.

Saken gjaldt krav om heving av en kjøpsavtale. Selger hadde kjøpt et hårfjerningsapparat og et massasjeapparat og ønsket å heve kjøpet av begge disse apparatene. Høyesterett kom først til at det forelå en vesentlig mangel for hårfjerningsapparatet, og ved vurderingen av om også massasjeapparatet kunne heves ble det vurdert om;

”...kjøpet av de to apparatene har en slik saklig sammeheng at en vesentlig mangel ved EpiLight apparatet representerer en bristende forutsetning for kjøpet av SilkLight apparatet.”⁸⁸

Høyesterett kom nettopp til at faktisk var en så nær indre sammenheng mellom kjøpet av de to apparatene at saksøker også kunne heve kjøpet av massasjeapparatet. Slik jeg forstår dommen anvender Høyesterett altså læren om bristende forutsetninger som en tolkningsfaktor ved argumentasjonen for hvorfor også kjøpet av massasjeapparatet kunne heves. I henhold til forutsetningslæren hadde hevingen av kjøpet av hårfjerningsapparatet medført at det hadde bristet i en relevant forutsetning som var grunnlaget for kjøpet av massasjeapparatet. Dermed kunne også kjøpet av massasjeapparatet heves.

5.5.3 Samlende konklusjoner

Sammenfatningsvis ser vi at læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 prinsipielt eksisterer side om side som selvstendige revisjonsrunnlag etter innføringen av sistnevnte i 1984. Dette kan etter analysen av relevant høyesterettspraksis ikke være tvilsomt. Forutsetningslæren og avtaleloven § 36 har videre noe overlappende

⁸⁸ Rt 2005 257 (45)

anvendelsesområder og det er en svært nær sammenheng mellom de to lærene. Overlappingen viser seg ved at det i stor grad er de samme momenter som er relevante etter begge revisjonsgrunnlagene.

Usikkerheten etter dette knytter seg til de nærmere strukturelle ulikhetene mellom de to revisjonsgrunnlagene. Høyesterett sin praksis viser som vi har sett enkelte tendenser på entrepriserettens og kausjonsrettens område, slik at det for disse rettsområdene må antas at forutsetningslæren er det rådende revisjonsgrunnlag. Ut over dette gir imidlertid Høyesterett sin praksis lite veiledning videre ved fastleggelsen av de nærmere strukturelle forskjeller mellom de to grunnlagene. Siden revisjonskrav på grunnlag av forutsetningslæren aldri har ført frem blir det vanskelig å vite hva som nærmere kreves for at krav på grunnlag av denne læren faktisk skal føre frem. Vi kan si noe om når de to grunnlagene påberopes, men ikke nærmere når de legges til grunn. Høyesterettspraksis gir altså ikke veiledning nok for denne delen av problemstillingen. Dette blir dermed temaet for analysen av relevant lagmannsrettspraksis.

5.6 Analyse av relevant lagmannsrettspraksis

5.6.1 Innledende bemerkninger

Som nevnt har Høyesterett sin praksis rettskildemessig størst autoritet og den har derfor størst relevans ved analyse av min problemstilling.⁸⁹ Analyse av relevant rettspraksis

⁸⁹ I tillegg til at de ulike lagmannsrettene er underordnet Høyesterett har deres avgjørelser også andre store svakheter. Det er eksempelvis noe tilfeldig hvilke avgjørelser som faktisk blir kjent. Dette fordi det beror på den enkelte lagmannsrett hvilke avgjørelser de velger å sende inn til publisering i Rettens Gang. Videre vet vi at det kan eksistere ulik praksis innenfor samme rettsområde i de ulike lagmannsrettene slik at praksisen i de ulike landsdelene vil kunne være varierende. Lagmannsrettens avgjørelser får etter dette stor betydning lokalt, særlig for de tilfellene hvor avgjørelsene ikke blir anket videre slik at dommene blir endelige, men noe mindre betydning nasjonalt. Se Eckhoff: Rettskildelære, Oslo 2001, s. 162 og

løste imidlertid ikke problemstillingen tilstrekkelig og jeg vil derfor også foreta en nærmere analyse av underrettspraksis. Jeg vil holde meg til avgjørelser fra de ulike lagmannsrettene, da disse rettskildemessig har størst autoritet av foreliggende underrettspraksis.⁹⁰

Etter en nærmere analyse av relevant praksis fra Høyesterett vet vi at forutsetningslæren og avtaleloven § 36 prinsipielt eksisterer side om side som revisjonsgrunnlag ved etterfølgende forutsetningssvikt. Usikkerheten knytter seg etter dette til eventuelle strukturelle forskjeller med hensyn til anvendelsen av de to ulike revisjonsgrunnlagene. Ved analysen av relevant lagmannsrettspraksis vil jeg derfor forsøke nærmere å klarlegge eventuelle strukturelle trekk med hensyn til når de to revisjonsgrunnlagene påberopes og eventuelt legges til grunn. Herunder vil jeg forsøke å finne tendenser med hensyn til hvorvidt valg av revisjonsgrunnlag har sammenheng med hvilke type forutsetning som foreligger.

5.6.2 Generelle tendenser i lagmannsrettspraksis

I likhet med hva som er tilfelle med praksis fra Høyesterett blir læren om bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 påberopt fra tid til annen også for lagmannsrettene.⁹¹ Lagmannsrettenes praksis synes imidlertid for begge revisjonsgrunnlagenes vedkommende å være noe mer liberal med hensyn til når revisjon etter de påberopte grunnlagene faktisk også har ført frem. Hvor forutsetningslæren har vært påberopt har det, i motsetning til hva som er tilfelle med praksis fra Høyesterett, også vært tilfelle hvor

Andenæs: Rettskildelære, Oslo 1997, s. 130.

⁹⁰ Ved analysen av relevant lagmannsrettspraksis vil jeg ved henvisning til avsagte dommer anvende lovdata sin terminologi. Se www.lovdata.no.

⁹¹ Se eksempelvis LE-1998-648, LB-2000-2809, LE-2001-180, LB-2001-3853, LB-2002-1503, LB-2002-2989, LB-2002-4091, LG-2003-2496, LB-2003-19490, LA-2005-39509, LA-2005-122808 og LF-2007-137655.

revisjonskravene faktisk har ført frem. Også revisjonskrav etter avtaleloven § 36 har ført frem. Dette er tilsvarende med hva som er tilfelle med Høyesterettspraksis, men det synes å være en noe mer liberal tendens i lagmannsrettspraksis også for revisjon på bakgrunn av avtaleloven § 36 sitt vedkommende.⁹²

5.6.3 Videreføring av gjeldende rett etter avsigelsen av Rt. 1999 s. 922 på entrepriserettens område

5.6.3.1 Innledende bemerkninger

På rettsområder hvor man i noen grad har praksis fra Høyesterett finner man de samme tendensene igjen også i lagmannsrettspraksis. Dette er særlig tilfelle innenfor entrepriseretten. Som vi har sett i punkt 5.2.1 under drøftelsen av høyesterettspraksis er entrepriseretten et av få områder hvor man i alle fall et stykke på vei har forholdsvis klar praksis fra Høyesterett å forholde seg til. Rt. 1999 s. 922 inneholdt god veiledning med hensyn til de to grunnlagenes prinsipielle eksistens i norsk rett etter innføringen av avtaleloven § 36. Dommen inneholdt også noe veiledning rundt de strukturelle ulikhetene mellom de to grunnlagene, da særlig med hensyn til deres forhold til henholdsvis typeforutsetninger og individualforutsetninger.

5.6.3.2 Analyse av relevant lagmannsrettspraksis på entrepriserettens område

For entrepriserettens vedkommende finner man altså i lagmannsrettspraksis en

⁹² Det foreligger videre enkelte geografiske ulikheter med hensyn til i hvilke grad revisjon på bakgrunn av forutsetningslæren har ført frem. Borgarting Lagmannsrett er etter det jeg kan se mest liberale med hensyn til revisjon på grunnlag av forutsetningslæren. Det store flertall av dommer hvor revisjon på bakgrunn av forutsetningslæren har ført frem er avsagt av Borgarting Lagmannsrett. For revisjon på grunnlag av avtaleloven § 36 sitt vedkommende har jeg derimot ikke funnet tilsvarende variasjoner.

tilbøyelighet til å videreføre gjeldende rett etter avsigelsen av Rt. 1999 s. 922. LE-1998-648 og LB-2000-2809 er tilfeller av oppfølgende lagmannsrettspraksis for entrepriserettens vedkommende. Begge sakene gjaldt såkalt utførelsesentreprise som Rt. 1999 s. 922 også omhandlet. Dommene har store likhetstrekk med Rt. 1999 s. 922 både med hensyn til saksforhold, rettsanvendelse og domsresultat.

I LE-1998-648 påberopte entreprenøren seg bristende forutsetninger og avtaleloven § 36 som grunnlag for et krav om tilleggsbetaling. Saksforholdet hadde store likheter med Rt. 1999 s. 922 og heller ikke her førte revisjonskravet frem etter noen av de to konkurrerende rettsgrunnlagene. Da kravet ikke førte frem fant ikke Lagmannsretten det nødvendig å ta stilling til hvilke av de to konkurrerende revisjonsgrunnlagene forholdet eventuelt skulle vært avgjort etter.

LB-2000-2809 gjaldt risikoen for vanskelige grunnforhold. Under utførelsen av en entreprise oppdaget entreprenøren at en ikke ubetydelig del av grunnmassene bestod av hardpakket morenemateriale. På bakgrunn av dette fremmet han krav om tilleggsvederlag. Lagmannsretten uttalte at både avtalelovens § 36 og læren om bristende forutsetninger kunne gi støtte for entreprenørens krav. I motsetning til LE-1998-648 førte imidlertid revisjonskravet her frem og lagmannsretten tok derfor også stilling til hvilke av de to konkurrerende rettsgrunnlagene som kom til anvendelse;

”Lagmannsretten ser ingen avgjørende grunn til å sondre mellom disse tildels overlappende grunnlagene for et krav på tilleggsvederlag. I den videre drøftelse tas det utgangspunkt i spørsmålet om det forelå en relevant bristende forutsetning for entreprenøren.”⁹³

Slik jeg tolker uttalelsene sier Lagmannsretten at det for et krav om tilleggsvederlag etter deres mening ikke er nødvendig å avgjøre hvilket av de to konkurrerende revisjonsgrunnlagene man skal anvende på forholdet, da begge grunnlagene i

⁹³ Se LB-2000-2809

utgangspunktet kan anvendes på et krav som dette. I den videre drøftelse tar de imidlertid utgangspunkt i forutsetningslæren når de konkret avgjør hvorvidt revisjon skal finne sted. Slik jeg oppfatter det var årsaken til at forutsetningslæren her ble anvendt trolig direkte påvirkning fra Rt. 1999 s. 922 hvor Høyesterett altså valgte å avgjøre et tilsvarende forhold etter forutsetningslæren fremfor avtaleloven § 36.

LG-2007-54504 omhandlet også en utførelsesentreprise. Det ble også i denne dommen henvist til Rt. 1999 s. 922 som saksforholdet hadde store likheter med;

”Lagmannsretten finner at det for denne entreprisekontrakten må gjelde det samme som for utførelsesentrepriser ellers, hvor entreprenørens risiko begrenses gjennom læren om bristende forutsetninger, jfr Rt-1999-922, hvor de generelle kravene om synbarhet, vesentlighet, motivasjon og relevans, er nærmere beskrevet.”⁹⁴

Forutsetningslæren ble etter dette anvendt på forholdet og revisjonskravet førte frem.

5.6.3.3 Konklusjon etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis på entrepriserettens område

Etter analysen av lagmannsrettspraksis blir en nærliggende konklusjon at det for utførelsesentrepriser med saksforhold lik det som var tilfellet i henholdsvis Rt. 1999 s. 922 og LE-1998-648, LB-2000-2809 og LG-2007-54504 er forutsetningslæren man anvender som eventuelt revisjonsgrunnlag. De tendenser vi finner i høyesterettspraksis på entrepriserettens område videreføres altså i lagmannsrettspraksis.

5.6.4 Tendenser på kausjonsrettens område

⁹⁴ Se LG-2007-54504

5.6.4.1 Innledende bemerkninger

Som drøftet ovenfor i punkt 2.1 foreligger det en rekke særtrekk på kausjonsrettens område. Disse særtrekkene har gjort at det har utviklet seg en lang tradisjon i rettspraksis for å anvende forutsetningslæren på irregulær utvikling innenfor kausjonsretten. I punkt 5.4 ovenfor har vi sett at dette er tilfelle for høyesterettspraksis sitt vedkommende.

Jeg vil i det følgende studere lagmannsrettspraksis på kausjonsrettens område for å forsøke å fastlegge hvorvidt forutsetningslæren er det rådende revisjonsgrunnlag på irregulær etterfølgende utvikling også her.

5.6.4.2 Analyse av relevant lagmannsrettspraksis på kausjonsrettens område

På kausjonsrettens område foreligger det per dags dato så vidt jeg kan se ingen lagmannsrettsdommer hvor krav om revisjon av en foreliggende kausjonsavtale faktisk har ført frem på bakgrunn av forutsetningslæren. Det er imidlertid en rekke dommer som omhandler kausjonsrettslige revisjonskrav hvor forutsetningslæren har blitt påberopt. I flertallet av tilfellene har avtaleloven § 36 ikke blitt påberopt som revisjonsgrunnlag.

LA-1997-608 gjaldt mellom annet krav om revisjon av en ettergivelsesavtale på grunnlag av bristende forutsetninger. Avtaleloven § 36 ble ikke påberopt i saken. Ankemotparten anførte;

"Det vises også til den eldre lære om bristende forutsetninger. Ved avgjørelsen av om at det ville virke urimelig å gjøre kausjonen gjeldende når pantesikkerheten er ugyldig, må man foreta en helhetsvurdering av hvem som er nærmest til å bære tapet - banken eller kausjonisten. Det bestrides at kausjonen var av avgjørende betydning for bankens lånefinansiering. Det vises her til tilsagnsbrevet av 2.12.1986 til Per Mørken A/S, hvor det fremgår at lånene er innvilget, uten at det ennå er tatt stilling til tilbudet fra KEFAS

om kausjon. Videre anføres at det var banken som etablerte sikkerhetene i verdier tilhørende Slako A/S også for engasjementet med Per Mørken A/S. Banken er den profesjonelle på dette området, og den som hadde den kommersielle interesse i det hele. Derfor må banken være nærmest til å bære risikoen. KEFAS kunne ha et motiv for å kausjonere fordi man derved ville knytte forretningene nærmere til seg. Man hadde imidlertid allerede etablert en samarbeidsavtale med Slako A/S.⁹⁵”

Ankemosparten hevdet at han ikke hadde pådratt seg det omstridte kausjonsansvaret fordi ettergivelsesavtalen og kausjonsavtalen måtte sees i sammenheng. Dette fordi de to avtalene hadde samme markedsmessige forhold. Det var en så nær indre sammenheng mellom de to avtalene at kausjonsavtalens bortfall medførte en bristende forutsetning for ettergivelsesavtalen og det ble derfor reist krav om at ettergivelsesavtalen måtte revideres. Det var etter ankemospartens mening ikke rimelig at han skulle ha risikoen for disse bristende forutsetningene. Revisjonskravet førte imidlertid ikke frem.

I RG 1993 s. 133 ble et kausjonsansvar hevdet bortfalt på grunnlag av bristende forutsetninger. Avtaleloven § 36 ble ikke påberopt. Revisjonskravet førte heller ikke frem her.

5.6.4.3 Konklusjon etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis på kausjonsrettens område

På kausjonsrettens område foreligger det per dags dato, så vidt jeg kan se, ingen lagmannsrettsdommer hvor revisjonskrav faktisk har ført frem på bakgrunn av læren om bristende forutsetninger. Det foreligger dermed en klar rettskildemessig svakhet på området og det medfører vanskeligheter å trekke klare og sikre konklusjoner med hensyn til hvorvidt forutsetningslæren faktisk er det rådende revisjonsgrunnlag på

⁹⁵ Se LA-1997-608 s. 134-135.

området.

Dette til tross, i det store flertall av relevante saker har læren om bristende forutsetninger blitt påberopt som revisjonsgrunnlag alene. Dette er etter min mening et klart holdepunkt for at forutsetningslæren er det rådende revisjonsgrunnlaget på kausjonsrettens område. De foreliggende tendensene i høyesterettspraksis videreføres dermed også i lagmannsrettspraksis.⁹⁶

5.6.5 Tendenser på øvrige rettsområder

Også utenfor entrepriseretten og kausjonsretten har vi flere tilfeller hvor forutsetningslæren har blitt påberopt og revisjonskravet faktisk også har ført frem. Som tidligere klarlagt i punkt 5.2.1 har ikke påberopelse av forutsetningslæren ført frem i noen saker for Høyesterett i den forstand at revisjon har funnet sted, verken innenfor entrepriserett eller kausjonsrett eller på øvrige rettsområder.

Påberopelse og medhold for revisjon på grunnlag av forutsetningslæren var blant annet tilfelle i LF-2007-137655. Saken gjaldt tvist om eiendomsrett til aksjer i et eiendomsselskap. Saksøker hevdet eiendomsrett til aksjene med grunnlag i to ulike muntlige avtaler. Førstnevnte førte ikke frem, da saksøker ikke hadde oppfylt bevisbyrden man har ved muntlige avtaler. Sistnevnte avtale ble kjent ugyldig på grunnlag av bristende forutsetninger og avtaleloven § 36;

”Det ligger som en klar og uttalt forutsetning for overdragelsen av aksjene, at dette skulle skje « ...i henhold til Bjørn Ove Samuelsen sin ideelle halvpart i selskapet ». Denne helt avgjørende forutsetning slår ikke til. Avtalen var ment å skulle gjøre de

⁹⁶ Det kan her bemerkes at den ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold og avtaleloven § 33 i praksis er et særlig sterkt konkurrerende revisjonsgrunnlag på kausjonsrettens område. Se nærmere om dette ovenfor i punkt 2.1.

formelle og reelle eierforholdene i selskapet sammenfallende. Når denne forutsetningen ikke slår til, er det åpenbart at avtalen er tuftet på en bristende forutsetning, som må medføre avtalemessig ugyldighet etter den ulovfestede lære om bristende forutsetninger og etter avtaleloven § 36.⁹⁷”

Her finner vi altså noe utfyllende informasjon rundt forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Slik jeg forstår uttalelsene er de to revisjonsgrunnlagene overlappende på området. Avtalen er ugyldig både på grunnlag av forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Uttalelsene taler derfor for at både forutsetningslæren og avtaleloven § 36 er gjeldende revisjonsgrunnlag på saksforhold som dette.

Av annen praksis fra lagmannsrettene hvor revisjon på grunnlag av forutsetningslæren har ført frem kan nevnes LB-2005-172980 som gjaldt gyldigheten av en testasjon. En arvepakt ble her ansett ugyldig på bakgrunn av bristende forutsetninger. Videre ble en erklæring om eiendomsrett til en hyttetomt kjent ugyldig ut fra bristende forutsetninger i LB-2001-622. I LA-2007-37868, som gjaldt tolkning av et gaveløfte, ble en seksjoneringsavtale ansett bortfalt på grunn av bristende forutsetninger.

5.6.6 Samlende konklusjoner etter analyse av relevant lagmannsrettspraksis

Med unntak av rettsområdene entrepriserett og kausjonsrett er det vanskelig å se klare tendenser med hensyn til når et revisjonsgrunnlag blir anvendt på bekostning av et annet. Dette fordi både forutsetningslæren og avtaleloven § 36 har blitt påberopt i det store flertall av saker hvor revisjon har funnet sted og svært ofte har den foretatte revisjonen også blitt begrunnet i begge revisjonsgrunnlagene. Dette var eksempelvis tilfelle i LF-2007-137655 som gjaldt tvist om eiendomsrett til aksjer i et eiendomsselskap. Avtalen som var grunnlaget for tvisten ble her kjent ugyldig med grunnlag i både

⁹⁷ Se LF-2007-137655

forutsetningslæren og avtaleloven § 36.

I det store flertall av saker på andre rettsområder enn entrepriserett og kausjonsrett, hvor revisjon har funnet sted på grunnlag av forutsetningslæren alene, har ikke avtaleloven § 36 vært påberopt. Dette var eksempelvis tilfelle i LB-2005-172980. Dette blir en svakhet ved den foreliggende praksis med hensyn til mulighetene for å fastlegge gjeldende retts forholds mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36. Vi har ingen holdepunkter for å vite hvilket revisjonsgrunnlag som faktisk ville blitt foretrukket dersom begge hadde vært påberopt. I LB-2005-172980 hadde lagmannsretten eksempelvis ikke foranledning til å drøfte forholdet mellom forutsetningslæren og avtaleloven § 36, da saksøkeren kun påberopte seg forutsetningslæren som grunnlag for et eventuelt revisjonskrav. Tilsvarende var tilfelle i LB-2001-622 som gjaldt gyldigheten av en erklæring om eiendomsrett til en hyttetomt. Avtaleloven § 36 ble ikke påberopt og saken ble avgjort med grunnlag i forutsetningslæren.

Sammenfatningsvis tolker jeg praksis fra lagmannsrettene dit hen at på det store flertall av rettsområder er begge revisjonsgrunnlagene fortsatt eksisterende og dermed anvendelige. Unntak kan tenkes hvor særlig hensyn gjør seg gjeldende, slik tilfellet blant annet er på entrepriseretten og kausjonsrettens område. På entrepriseretten og kausjonsrettens område foreligger det som nevnt en klar tendens i retning av å anvende forutsetningslæren fremfor avtaleloven § 36.

5.6.7 Oppsummerende synspunkter og refleksjoner

Jeg går videre over til å foreta en vurdering av de strukturelle trekkene vi nå har sett eksisterer med hensyn til når de ulike revisjonsgrunnlagene påberopes og eventuelt kommer til anvendelse i lagmannsrettspraksis. Jeg vil forsøke å finne mulige årsaker til hvorfor de ulike grunnlagene påberopes og eventuelt fører frem i akkurat de sakene de gjør.

Domsavsigelser fra lagmannsrettene har som nevnt i punkt 5.1 langt mindre autoritet enn Høyesterett sine avsigelser. Videre kan avsigelser herfra oppheves av Høyesterett. Dersom uriktige eller uheldige avgjørelser avsies i lagmannsrettene er det en mulighet for at avgjørelsene i neste omgang kan ankes videre til Høyesterett og eventuelt omgjøres, da lagmannsrettene er underordnet Høyesterett. Dette kan til en viss grad virke betryggende for dommerne i lagmannsrettene i den forstand at de tillater seg å være noe mer liberale i sin anvendelse av henholdsvis forutsetningslæren og avtaleloven § 36, sammenlignet med hva som ville vært tilfelle dersom de hadde sittet som dommere i Høyesterett. Jeg vil allikevel ikke på noen måte si at domsavsigelsene fra lagmannsrettene rundt forutsetningslæren og avtaleloven § 36 har form av overbruk av revisjon, eller at avsagte avgjørelser på noen måte har vært uheldige eller uriktige. Dette ville heller ikke lagmannsrettene hatt noen interesse av, da domsavsigelser dersom dette var tilfelle ville hatt mindre mulighet for å stå seg for Høyesterett og dermed igjen skapt mindre generell tillit til lagmannsrettene. Dette hadde naturlig nok vært en situasjon verken domstolene eller befolkningen for øvrig ville vært tjent med.

Dersom Høyesterett derimot avsier en uheldig eller uriktig avgjørelse foreligger det ingen overordnede domstoler avgjørelsen kan ankes videre til. Dette skaper det vi kan kalle et psykologisk skjerpet krav til Høyesterett om riktige og heldige avgjørelser. Dersom Høyesterett ikke ønsker å holde fast ved sin tidligere praksis kan den fravike den i en senere avgjørelse eller tolke sine tidligere avgjørelser svært snevert, slik at de bare indirekte og mindre åpenlyst skifter kurs. Både direkte og indirekte fravikelse av tidligere prejudikater har imidlertid svært sjelden vært tilfelle.⁹⁸

Som det har fremkommet av mine analyser av relevant praksis fra lagmannsrettene finner jeg lite praksis hvor forutsetningslæren har blitt anvendt som et tolkningsmoment ved anvendelsen av øvrige rettsregler. Min teori på dette området er at lagmannsrettene for det man kan kalle en del mellomtilfelle åpenlyst har anvendt forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag. Som vi har sett har lagmannsrettene foretatt revisjon med hjemmel i

⁹⁸ Se Eckhoff: Rettskildelære, Oslo 2001, s. 161.

forutsetningslæren ved flere anledninger. Høyesterett har på sin side, trolig på grunn av de særforhold som gjør seg gjeldende ved deres praksis, vært tilbakeholdne og svært forsiktige ved sin anvendelse av forutsetningslæren. Muligens har de for disse mellomtilfellene valgt å komme frem til samme resultat ved hjelp av å anvende forutsetningslæren som det de kaller et tolkningsmoment. I praksis kan resultatet bli det samme, men veien dit er svært ulik. Høyesterett benytter seg av tolkning og kommer dit dermed indirekte og noe mindre oppsiktsvekkende, mens lagmannsrettene på sin side åpenlyst foretar revisjon.

5.6.8 Særlig om entrepriserett og kausjonsrett

Teoriene jeg i det følgende vil oppstille gjelder for entrepriserett og kausjonsrett generelt. De samme særtrekk gjør seg gjeldende både ved domsavsigelser gjort av henholdsvis Høyesterett og av de ulike lagmannsrettene.

Entrepriserett og kausjonsrett er kontraktstyper med særtrekk og det er trolig disse særtrekkene som gjør det særlig aktuelt å anvende forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag.

5.6.8.1 Særtrekk på entrepriserettens område

Entrepriserett er et rettsområde med en rekke særtrekk som gjør forutsetningslæren egnet som revisjonsgrunnlag på bekostning av avtaleloven § 36.

Hagstrøm uttaler om dette;

”Det vil også være et tungtveiende argument mot lemping etter § 36 at det dreier seg om en kommersiell kontrakt mellom profesjonelle parter, der entreprenøren ved sitt anbud om å utføre byggearbeidene til fastsatt tid og pris, tar en kalkulert risiko. Alternativt måtte

§ 36 gis et lempeligere innhold på dette område, ved at den anses å videreføre tradisjonen fra forutsetningslæren. Men det har mest for seg å se det slik at problemet ligger utenfor anvendelsesområder for § 36.”⁹⁹

En entreprise er normalt et svært omfattende prosjekt med en rekke spesielle og atypiske forutsetninger både hos byggherre og entreprenør. Disse forutsetningene vil dermed i stor grad være individuelle forutsetninger. For entreprenørens vedkommende foreligger det ofte en rekke tilleggsopplysninger av mer formelt orienterende art som byggherre har meddelt entreprenør, men som ikke er gjort til en direkte del av kontrakten. Disse forutsetningene vil utgjøre individuelle forutsetninger hos entreprenøren. Dette vil eksempelvis være utfyllende og mer nøyaktige tegninger og beskrivelser fra byggherren som ikke er tatt inn i kontrakten eller opplysninger om forhold som tilgang på elektrisk kraft og vann og transportmuligheter.¹⁰⁰

Da den typiske entreprise videre er svært langvarig kan en rekke andre forutsetninger også komme til underveis fra både byggherre og entreprenør, som ikke er av formelt orienterende art, men som like fullt ikke ble gjort til en del av den opprinnelige kontrakten. I henhold til avtaleloven § 36 har entreprenøren selv risikoen for å få disse nedfelt i kontrakten dersom de er individuelle forutsetninger, men dette er altså ikke praktisk mulig dersom de kommer til etter inngått avtale. Skulle avtaleloven § 36 anvendes her ville byggherren selv hatt risikoen for disse forutsetningene og bestemmelsen ville derfor virket svært lite gunstig og satt entreprenøren i en urimelig situasjon. I praksis vil terskelen for revisjon bli langt høyere etter avtaleloven § 36 enn den vil være etter forutsetningslæren for disse tilfellene. For entrepriseforhold blir det dermed behov for forutsetningslæren som revisjonsgrunnlag, da denne i større grad åpner for revisjon ved irregulær utvikling av individuelle forutsetninger.¹⁰¹

⁹⁹ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 307.

¹⁰⁰ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 307.

¹⁰¹ Se Se Marisa Cecilie Aasnes: Forholdet mellom avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger, Liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, Høsten 2006, s. 27 og s. 41 og Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 307 f.

Videre er entreprisekontrakter typisk kommersielle kontrakter mellom profesjonelle kontraktsparter. Dette vet vi i seg selv er et moment det skal tas hensyn til under urimelighetsvurderingen man skal foreta etter avtaleloven § 36 og det vil i praksis være et moment som klart taler mot at revisjon skal finne sted. Det vil bare helt unntaksvis kunne være aktuelt med revisjon av slike kontrakter med hjemmel i avtaleloven § 36. Det har per dags dato så vidt jeg kan se ennå ikke vært foretatt revisjon med utgangspunkt i avtaleloven § 36 av rene kommersielle kontrakter mellom tilnærmet jevnbyrdige parter.¹⁰²

5.6.8.2 Særtrekk på kausjonsrettens område

Også på kausjonsrettens område gjør en rekke særtrekk seg gjeldende som gjør det mer aktuelt å anvende forutsetningslæren på eventuelle revisjonskrav. Her har rettskildebildet tradisjonelt vært svært spesielt. Som drøftet under punkt 2.1 hadde forutsetningslæren en svært sentral plass i norsk kontraktsrett på den tiden kausjonsretten vokste frem i rettspraksis. Kausjonsretten eksisterte lenge hovedsakelig kun i rettspraksis og det var mangel på lovregulering på området. Forutsetningslæren ble dermed nærliggende å gripe til ved ugyldighetsspørsmål.¹⁰³ På kausjonsrettens område har man tradisjonelt anvendt forutsetningslæren på sentrale kausjonsrettslige problemstillinger hvor disse ikke kunne løses ved hjelp av tolkning. Eksempelvis har uriktige stiftelsesforutsetninger, ved siden av avtaleloven § 33, også blitt løst etter forutsetningslæren.¹⁰⁴ Det foreligger med dette en lang tradisjon i rettspraksis for anvendelse av forutsetningslæren på kausjonsrettens område og denne tradisjonen har man i det vesentligste holdt frem med også etter innføringen av avtaleloven § 36. I

¹⁰² Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 307 og Woxholth: Avtalerett, Oslo 2003, s. 395 f.

¹⁰³ Se Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 47 f.

¹⁰⁴ Se Hagstrøm: Obligasjonsrett, Oslo 2003, s. 249 og Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 47 f.

prinsippet kunne man anvendt avtaleloven § 36 på løsningene man hadde utviklet i rettspraksis på bakgrunn av forutsetningslæren, men dette har i svært liten grad blitt gjort.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Se Hagstrøm: Kausjonsretten i forandring, Jussens Venner, 2003, s. 46 f.

6 Litteraturliste

Bernard Windscheid: *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf 1850

Henry Ussing: *Bristende forudsætninger. Bidrag til læren om formueretlige tilsagn*, København 1918

Paul Oertmann: *Recht der Schuldverhältnisse, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen I:2*, Berlin 1910

Jul Lassen: *Haandbog i Obligationsretten: Almindelig Del*, København 1917-1920

Kjetil Krokeide: *Forutsetningslæren og misligholdsbegrepet – særlig i langsiktige kontraktsforhold*, Tidsskrift for rettsvitenskap, 1977

Per Augdahl: *Den norske obligasjonsretts almindelige del*, Oslo 1978

Bjørn Stordrange: *Lempingsregelen i avtalel. § 36*, Lov og Rett, 1983

Kristian Huser: *Avtalesensur*, Bergen 1984

Kai Krüger: *Norsk kontraktsrett*, Bergen 1989

Viggo Hagstrøm: *Urimelige avtalevilkår*, Lov og Rett, 1994

Mads Henry Andenæs: *Rettskildelære*, Oslo 1997

Geir Woxholth: *Forutsetningslæren og avtaleloven § 36*, Jussens Venner, 2000

Thor Falkanger: *Tingsrett*, 5 utgave, Oslo 2000

Torstein Eckhoff: *Rettskildelære*, 5 utgave ved Jan Helgesen, Oslo 2001

Peter Lødrup: *Familieretten*, 4. utgave, Oslo 2001.

Jo Hov: *Avtaleslutning og ugyldighet – Kontraktsrett I*, 3 utgave, Oslo 2002

Jon Gisle, Kristian Andenæs, Jan Fridthjof Bernt, Thor Falkanger, Arnhild Dordi
Gjønnes, Magnus Matningsdal og Magnus Aarbakke: *Jusleksikon*, 2 utgave, Oslo 2002

Torstein Eckhoff og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 7 utgave, Oslo 2003

Geir Woxholth: *Avtalerett*, 5 utgave, Oslo 2003

Viggo Hagstrøm i samarbeid med Magnus Aarbakke: *Obligasjonsrett*, Oslo 2003

Viggo Hagstrøm: *Kausjonsretten i forandring*, Jussens Venner, 2003

Alf Petter Høgberg: *Tolkningsstiler ved fortolkning av skriftlige kontrakter*, Oslo 2005,

Marisa Cecilie Aasnes: *Forholdet mellom avtaleloven § 36 og læren om bristende forutsetninger*, Liten masteroppgave i rettsvitenskap ved Universitetet i Tromsø, Det juridiske fakultet, Høsten 2006

Svein Eng: *Rettsfilosofi*, Oslo 2007

Wikipedia, den frie encyklopedi (<http://no.wikipedia.org/wiki/Formuerett>)

Forarbeider

NOU 1979:32: Formuerettslig lempingsregel

Ot. prp. nr. 5. 1982 – 83

Innst. O. nr. 31 1982 – 83

Besl. O. nr. 40 1982 - 83

SOU 1974:83: Svensk generalklausulutredning

Høyesterettsdommer:

Rt. 1909 s. 743

Rt. 1925 s. 501 (Bly / Sølv - dommen)

Rt. 1930 s. 1120

Rt. 1951 s. 371

Rt. 1954 s. 50

Rt. 1965 s. 1193

Rt. 1984 s. 28 (Tromsø Sparebank)

Rt. 1984 s. 225

Rt. 1987 s. 425

Rt. 1988 s. 118

Rt. 1988 s. 276 (Røstaddommen)

Rt. 1988 s. 295 (Skjelsvikdommen)

Rt. 1988 s. 1078

Rt. 1989 s. 1215

Rt. 1990 s. 500

Rt. 1990 s. 1099

Rt. 1991 s. 147

Rt. 1991 s. 220

Rt. 1993 s. 140
Rt. 1994 s. 1
Rt. 1994 s. 1452
Rt. 1995 s. 964
Rt. 1999 s. 922 (Salhus Flytebro)
Rt. 2000 s. 610
Rt. 2000 s. 806
Rt. 2000 s. 931
Rt. 2001 s. 716
Rt. 2001 s. 1513
Rt. 2003 s. 1574
Rt. 2004 s. 1588
Rt. 2005 s. 16
Rt. 2005 s. 257

Underrettsdommer:

RG 1993 s. 133 (Agder, 8. mai 1992)
LA-1997-608 (Agder, 4. juni 1999)
LE-1998-648 (Eidsivating, 2. februar 2000)
LB-2000-2809 (Borgarting, 10. desember 2001)
LE-2001-180 (Eidsivating, 7. juni 2001)
LB-2001-622 (Borgarting, 5. november 2001)
LB-2001-3853 (Borgarting, 4. november 2002)
LB-2002-1503 (Borgarting, 17. november 2003)
LB-2002-2989 (Borgarting, 24. november 2003)
LB-2002-4091 (Borgarting, 5. desember 2003)
LG-2003-2496 (Gulating, 26. august 2004)
LB-2003-19490 (Borgarting, 10. mars 2005)
LA-2005-39509 (Agder, 30. november 2005)
LA-2005-122808 (Agder, 13. desember 2005)

LB-2005-172980 (Borgarting, 7. november 2006)

LA-2007-37868 (Agder, 4. juni 2007)

LG-2007-54504 (Gulating, 12. oktober 2007)

LF-2007-137655 (Frostating, 18. januar 2008)

Svensk rettspraksis

NJA 1989 s. 346

NJA 1989 s. 619